Über den Zusammenhang der subjektiven öffentlichen Rechte mit der öffentlichen Rechtspflicht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Felix Kopfstein

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Brie.**
Korreferent: Professor Dr. **Dahn.**

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Affolter, Staat und Recht. In Hirths Annalen des Deutschen Reiches Jahrg. 1903.
Anschütz, Deutsches Staatsrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1886.
Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person usw. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 5.
Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 1877, 1883.
Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. 1894.
Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht. 1876.
Bornhak, Allgemeine Staatslehre. 1896.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht. 1888.
Brie, Zur Lehre von den Staatenverbindungen. 1886.
Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 4.
Bruck, Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen. 1908.
Corpus iuris civilis. (Mommsen. 1902.)
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.
Dantscher v. Kollisberg, Die politischen Rechte der Untertanen. 1887.
Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1906.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1906.
Fischer, Otto, Recht und Rechtsschutz. 1889.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.
Gerber, Öffentliche Rechte. 1852.
Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. 1869.
Gerber, System des deutschen Privatrechts. 1875.
Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts usw. In der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 30.
Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. In Schmollers Jahrbuch 1880.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.
Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände. 1902.
Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung. 1887.
Gierke, Juristische Person. In Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 2.
Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 2. 1873.
Giese, Die Grundrechte. 1905.
Goeppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft. In Jherings Jahrbüchern Bd. 23.
Harms, Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie. 1889.
Harseim, Amt. In Stengels Wörterbuch Bd. 1.
Harseim, Beamte. In Stengels Wörterbuch Bd. 1.
Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821.

Heilborn, Völkerrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 1904.
Hellwig, Klage und Anspruch.
Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Züricher Diss. 1904.
Jhering, Der Kampf ums Recht. 1872.
Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. 3. Teil 1. 1888.
Jhering, Der Zweck im Recht. 1884.
Jhering, Die Reflexwirkung usw. In Jherings Jahrbüchern Bd. 10.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1905.
Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 1900.
Jellinek, Lehre von den Staatenverbindungen.
Kant, Metaphysik der Sitten. (Schubert.) 1838.
Klüber, Öffentliches Recht usw. 1840.
Kohler, Recht und Prozeß. In Grünhut Bd. 14.
Kohler, Das Autorrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 18.
Kohler, Zivilprozeß und Konkursrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 1904.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1901.
Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 23.
Lager, Prinzipien des Enteignungsrechtes. 1902.
Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik. 1886.
Lasson, System der Rechtsphilosophie. 1882.
Leonhard, Beiträge zur allgemeinen Zivilrechtslehre. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 10.
Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht. In Hirths Annalen 1884.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1905.
Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.
Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts. 1847.
Mayer, E., Juristische Person. In Stengels Wörterbuch Bd. 1.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. 1895.
Mayer, O., im Archiv Bd. 1 S. 718.
Merkel, Juristische Enzyklopädie. 1900.
Meyer, G., in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 33 S. 130.
Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1883.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1905.
Meyer-Jellinek, Das parlamentarische Wahlrecht. 1901.
Neumann, Das öffentliche Interesse usw. In Hirths Annalen 1886.
Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff. In Jherings Jahrbüchern Bd. 31.
Pfaff-Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.
Prazak, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Im Archiv Bd. 4.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft. 1896.
Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes. In Hirths Annalen 1885.
Rehm, Allgemeine Staatslehre. 1899.
Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 1899.
Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. 1886.
Rosin, Souveränität, Staat usw. In Hirths Annalen 1883.
Sarwey, Das öffentliche Recht usw. 1880.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Schey, Über Rechtsverwandlungen. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 3.
Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1907.
Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1881.
Schulze, Das preußische Staatsrecht. 1872.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. 1904.
Seuffert, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 12.
Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. 1873.
Seydel, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern. 1894.
Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde des Deutschen Reichs. 1903.
Singer, Kirchenrecht. In Bruders Staatslexikon Bd. 3.
v. Stein, Die Verwaltungslehre. Bd. 1. 1865.
Stengel, Öffentliche Rechte. In Stengels Wörterbuch Bd. 2.
Stoerck, Zur Methodik des öffentlichen Rechts. 1886.
Tezner, System der subjektiven öffentlichen Rechte. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 21.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Ulbrich, Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1875.
Ulbrich, Österreichisches Verwaltungsrecht. 1904.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1900.
Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht. 1845.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. 1898.
Zorn, Albert, Grundzüge des Völkerrechts. 1903.
Zorn, Ph., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1895.

§ 1.

A. Erläuterung und Umgrenzung des Themas.

In der Gegenwart wird bei den Erörterungen über den neuen Entwurf einer Strafprozeßordnung von politischer wie auch von juristischer Seite die Notwendigkeit betont, den Kreis der subjektiven öffentlichen Rechte zu erweitern bezw. die Rechtsgarantien für die vorhandenen oder zu schaffenden subjektiven Rechte zu verstärken: man denke z. B. an das dem Verteidiger zu gewährende Recht auf Aktieneinsicht schon während des Stadiums der Voruntersuchung (§ 147 des Entwurfs). Es legt dies die Frage nahe, ob denn das, was gemeinhin als Berechtigung empfunden wird, sich wirklich immer als ein reines, unverfälschtes subjektives Recht darstellt. Schon das sittliche Pflichtbewußtsein fordert häufig, vielleicht regelmäßig die Realisierung des verliehenen Rechtes. Hier zeigt sich alsbald ein Zusammenhang zwischen den Begriffen Recht und Pflicht. Mitunter ist dieser Zusammenhang noch inniger, indem nicht nur das sittliche Empfinden, sondern sogar die Rechtsordnung von dem Berechtigten die Ausübung seines Rechtes wünscht, wenn nicht gar gebieterisch verlangt. So wäre bei dem soeben erwähnten Beispiele des dem Verteidiger gewährten Rechts auf Akteneinsicht zu erwägen — die Frage sei hier nur gestreift —, ob dieses Recht nicht gleichzeitig auch eine rechtliche Pflicht dem Angeklagten gegenüber enthält.

Es soll im folgenden die Frage geprüft werden, ob immer subjektiven öffentlichen Rechten eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, ob und wann in der Betätigung eines solchen Rechtes die Erfüllung einer Rechtspflicht liegt.

Wenn ich hierbei im wesentlichen die Verhältnisse des Staatsrechts (im weiteren Sinne) in meine Betrachtung gezogen und insbesondere Völkerrecht und Kirchenrecht aus ihr ausgeschieden habe, so geschah das aus dem Grunde, weil diese beiden Disziplinen sich in wesentlichen Punkten von den übrigen, den das staatliche Leben betreffenden unterscheiden. Das Völkerrecht ist heute noch in den Anfängen seiner Entwicklung begriffen, was eine gewisse Unklarheit der rechtlichen Verhältnisse bedingt. Es hat ferner die Tatsache, daß der Verkehr der Staaten untereinander einer übergeordneten Gewalt entbehrt, zur Folge, daß die gegenseitigen Beziehungen der Staaten den öffentlichrechtlichen Charakter in gewissem Grade einzubüßen und privatrechtlichen Relationen zu ähneln scheinen. In das Kirchen-

recht hinwiederum spielen viele dogmatische Fragen hinein, so daß hier das juristische Bild mitunter getrübt wird. Dazu kommt, daß hier die Terminologie vielfach von der des übrigen öffentlichen Rechtes, insbesondere des Staatsrechts abweicht, indem z. B. der Papst Beamter nach der Anschauung des Kirchenrechts ist, während der König nicht als Beamter im Rechtssinne gilt. Aus diesen Gesichtspunkten heraus erschien bei der Prüfung der Frage, ob immer den subjektiven öffentlichen Rechten eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, eine Beschränkung auf die innerstaatlichen und rein staatlichen Verhältnisse als zweckmäßig.

§ 2.

B. Allgemeine Übersicht über den Stand der Literatur.

Die Frage, ob in der Betätigung eines öffentlichen Rechtes immer auch die Erfüllung einer Rechtspflicht liegt, ist bisher in der Literatur noch relativ selten aufgeworfen worden, und auch dort, wo dies geschah, hat sie eine ausführliche Behandlung nicht gefunden. Bierling[1] beantwortet sie in seiner „Kritik der juristischen Grundbegriffe" dahin, daß immer mit einem subjektiven öffentlichen Recht die Rechtspflicht, es zu realisieren, verbunden ist. Doch hat er selbst später diese Behauptung dahin eingeschränkt, daß regelmäßig eine Rechtspflicht bestehen soll, das öffentliche Recht auszuüben.[2] Ebenso entspricht nach Meyer-Anschütz[3] den öffentlichen Rechten regelmäßig eine öffentliche Pflicht, „welche freilich nicht immer die Ausprägung als Rechtspflicht erhalten hat", die also als zunächst bloß sittliche Pflicht gegenüber der Gesamtheit verstanden werden soll. Diese Auffassungen beruhen auf dem naheliegenden Gedanken, und werden auch damit begründet, daß im öffentlichen Recht und bei den öffentlichen Rechten das öffentliche Interesse eine besondere Rolle spielt, dessen Vertretung man prinzipiell nicht von der Willkür des Individuums abhängig machen soll. Doch ist diese Begründung nicht befriedigend. Denn in den öffentlichrechtlichen Relationen ist, wie alsbald einleuchtet, immer ein starkes Gemeininteresse wirksam, und man müßte deshalb zu der Konsequenz kommen, daß die öffentlichen Berechtigungen immer nach einer Realisierung verlangten. Dann wäre es aber wiederum überflüssig, die Existenz öffentlicher Rechte überhaupt noch anzunehmen, da es dann nur noch öffentliche Pflichten gäbe.

---

[1] Bierling, Kritik § 114.

[2] Bierling a. a. O. § 194 Anm.

[3] Meyer-Anschütz § 39; ebenso Bluntschli S. 3; Ulbrich, Öffentl. R. S. 3 Anm. 3; Sarwey, Öffentl. R. S. 420; v. Stengel S. 180; vgl. auch Meyer-Jellinek S. 654.

Um eine Entscheidung der Frage zu ermöglichen, erscheint es nötig, die in Betracht kommenden Begriffe des subjektiven Rechts, der Rechtspflicht, des subjektiven öffentlichen Rechts und der öffentlichen Rechtspflicht zunächst klarzulegen.

C. Klarlegung der Begriffe.

I. Das subjektive Recht.

1. Der Inhalt des Begriffes.

§ 3.

a) Das materielle Element.

Die Menschen weisen in ihren Bedürfnissen sowie in ihren Fähigkeiten, diese zu befriedigen, erhebliche Verschiedenheiten auf. In Ermanglung jeglicher Organisation würde dies dazu führen, daß ein Teil der im Menschen ruhenden Kräfte nutzlos vergeudet, wenn nicht gar völlig ertötet würde. Dies sucht die Rechtsordnung, das objektive Recht zu vermeiden, indem sie ein möglichst harmonisches Zusammenleben der einzelnen herbeiführen will. Je mehr die allgemeine Ordnung dieses Zusammenlebens entwickelt ist, desto mehr ist das Individuum in der Lage, seine Fähigkeiten zu entfalten. Ein jeder einzelne (von den wenigen antisozial Gesinnten abgesehen) arbeitet an dieser Ordnung mit, und diese mit ihrer Wohltat kommt ihm wieder zustatten. Es besteht somit ein allgemeines Einverständnis mit derselben; „Recht im objektiven Sinne ist die durch den allgemeinen Willen gewährleistete Ordnung der Lebensverhältnisse".[4]

Das objektive Recht erfüllt seine Aufgabe so, daß es dem Menschen hier Freiheiten gewährt, dort Schranken zieht: jenes sind die Rechte, dies die Pflichten. Es sei zunächst der Begriff des subjektiven Rechts untersucht.

Man unterscheidet im Begriff des subjektiven Rechts ein materielles und ein formelles Element. Jenes beantwortet die Frage, was der Anerkennung durch das objektive Recht zugrunde liegt, dieses, worin die Anerkennung zum Ausdruck kommt.

Was zunächst das materielle Element betrifft, so ist hier der Begriff des subjektiven Rechts bis heute nicht unbestritten.

1. Hatte noch Kant[5] das Kriterium des Rechts im Zwang gesehen und darauf nicht nur den Gegensatz, sondern die Unvereinbarkeit von Recht und Moral gebaut, so wurde der Rechtsbegriff von Hegel durch Betonung des Willens vertieft. Hegel legt das Hauptgewicht auf die Freiheit des Willens: das Rechtssystem ist ihm „das Reich der verwirklichten

---

[4] Dernburg, Pand. S. 42.

[5] Kant, Metaphysik Einleitung § D.

Freiheit",[6] und entsprechend wird dann der Begriff des subjektiven Rechts gefaßt. Diese Anschauungen klingen wie bei den älteren Pandektisten so auch bei Windscheid[7] nach. Er versteht unter dem subjektiven Recht die von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft. Doch kann diese Definition nicht ganz befriedigen, denn sie ist zu formalistisch und deshalb in zweifelhaften Fällen nicht ausreichend. Überall dort, wo nicht ein Rechtssatz ein subjektives Recht ausdrücklich festsetzt, wird man bei der Prüfung der Frage, ob ein solches gegeben ist, auf das Wesen desselben zurückgehen müssen, und wird die Windscheidsche Begriffsbestimmung versagen. Diese wird auch den § 226 BGB. nur mangelhaft erklären können. Richtig an ihr ist, daß subjektives Recht Willensherrschaft ist, was zur Folge hat, daß subjektives Recht eine begrenzte Willensmacht darstellen muß, da ja die einzelnen Willenskreise sich schneiden. Unbegrenzte Macht ist eben nicht mehr Recht, sondern Willkür.

2. In der Absicht, die rechtliche Anerkennung zu begründen und zu erklären, definiert Jhering[8] das subjektive Recht als das rechtlich geschützte Interesse. Die Unrichtigkeit dieser Fassung ergibt sich offenkundig, wenn man anstatt des Ausdrucks Interesse den gleichwertigen Gut setzt. Danach wären Rechte rechtlich geschützte Güter, Rechte sind aber niemals Güter.[9] Sie sind wohl Mittel zum Zweck, aber nicht Endzweck. Mein Hunger bleibt ungestillt, auch wenn ich ein noch so begründetes Recht auf Speise habe. Allerdings ist der Begriff des Gutes nicht unbestritten, indem z. B. Neumann[10] zu den Gütern auch diejenigen Rechte ausschließlich des Eigentums zählt, welche einen Vermögenswert haben. Doch kann dieser Begriff des Guts für die Definition Jherings nicht in Betracht kommen, da dies nur einen circulus vitiosus ergeben würde, indem Recht gleich Gut und Gut gleich Recht wäre. Der Fehler der Deduktionen Jherings liegt nicht so sehr in der Verwechslung des Ausdrucks „Sicherheit" mit „Sicherung",[11] da beide Bezeichnungen nicht den Kern der Sache treffen, als vielmehr in Jherings Ausgangspunkt: „Jedes Privatrecht ist dazu da, daß es dem Menschen irgendeinen Vorteil gewähre, seine Bedürfnisse befriedige" usw. Ein subjektives Recht verschafft aber nicht einen Genuß, sondern nur eine rechtmäßige Voraussetzung des Genusses. Und wenn auch im Rechtsstaat regelmäßig, im Idealstaat ausnahmslos das Recht seine Erfüllung findet, also vielleicht als wirtschaftliches Gut betrachtet werden kann, so geht es doch nicht an, begrifflich Voraussetzung und Folge gleichzusetzen.

Das Verdienst Jherings besteht darin, auf das Unzureichende der

---

[6] Grundlinien § 4.
[7] Windscheid S. 131.
[8] Jhering, Geist Bd. 3 S. 351.
[9] Elster, Volksw. S. 1154 Sp. 2.
[10] Neumann in Schönbergs Politische Ökonomie 1906 Bd. 1 S. 148.
[11] Oertmann in Jahrb. Bd. 31 S. 440.

Willenstheorie aufmerksam gemacht zu haben, sein Fehler darin, in seiner Polemik zu weit gegangen zu sein. Zu einem in gleicher Weise unbefriedigenden Ergebnisse ist Dernburg gekommen.

Was Jhering logisch begründet, wird von Dernburg[12] historisch entwickelt. Seine Definition: „Recht im subjektiven Sinne ist der Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet", entspricht inhaltlich derjenigen von Jhering und drückt objektiv das aus, wofür Jhering eine subjektive Bezeichnung hat. Es muß demnach die Begründung der Definition gleichfalls verfehlt sein. Nach Dernburg hat sich die Stellung der Großen noch vor dem Bestehen einer Rechtsordnung dadurch gekennzeichnet, daß ihnen ein erhöhter Einfluß auf die Gestaltung der Verhältnisse gewährt, ein größerer Anteil bei der Verteilung der Güter zugesprochen wurde. Durch „Abstraktion" entwickelten sich die besonderen Vergünstigungen zu den subjektiven Rechten. Was hier von den Großen, würde von jedem in seinem Kreise gelten. Zunächst widerspricht hier offenbar Dernburg sich selbst. Denn Abstraktion ist doch nichts anderes als der logische Vorgang, durch den das einer Anzahl ähnlicher Fälle Gemeinsame zu dem sie beherrschenden Prinzip erhoben wird. Wenn aber eine Menschengemeinschaft sich eine solche gedankliche Entwicklung zu eigen macht, dann spricht man nicht mehr von einem Grundsatz, sondern von einem Rechtssatz. Dem subjektiven Recht wäre danach die geschichtliche Priorität, um deren Nachweis sich Dernburg bemüht, zu versagen. Eine Untersuchung über die Priorität des subjektiven oder objektiven Rechts erscheint ebenso müßig wie eine solche über diejenige von Peripherie oder Mittelpunkt eines Kreises. Das subjektive und das objektive Recht sind „zwei Seiten derselben Gesamterscheinung", beide „gleich ursprünglich".[13] Wenn aber auch nicht von einem historischen, so darf man doch von einem logischen Prius reden, und das logische Prius kommt dem objektiven Recht zu, was man schon daraus ersieht, daß die systematischen Darstellungen des Rechts zuerst das objektive Recht behandeln.

Berichtigt man danach die Dernburgsche Fassung dahin, daß unter der Einwirkung des objektiven Rechtes sich die Anteile der einzelnen an den Lebensgütern zu subjektiven Rechten entwickelt haben, so trifft diese Fassung der gleiche Einwand wie diejenige Jherings. Denn was den Individuen zu ihren Gütern verholfen hat, war nicht die Rechtsordnung selbst, sondern das vollstreckende Organ derselben. Die Rechtsordnung verschaffte ihnen gewissermaßen eine Anwartschaft auf ihre Befriedigung, eine rechtliche Voraussetzung des Genusses.

3. Eine Verschmelzung des Zweck- und des Willensmomentes herbeizuführen, ist die neuere Wissenschaft bemüht. Das subjektive Recht ist

---

[12] Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 85.

[13] Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 251, 252; Bierling, Kritik Bd. 2 S. 69.

seiner innersten, wahren Natur nach Macht, woran auch die Tatsache nichts ändert, daß das Recht mitunter nicht realisiert werden kann.[14] Da alle Macht des Menschen Äußerung seines Willens ist, so ist das Recht Willensmacht, und insofern diese, was zunächst allein interessiert, von rechtlichen und nicht von wirtschaftlichen, ethischen oder künstlerischen Normen beachtet wird, die von der Rechtsordnung anerkannte Willensmacht. So weit ist Windscheid stattzugeben. Fragt man nun, was dieser Anerkennung zugrunde liegt, so ist es nicht etwa die Willensfreiheit des Menschen[15] oder die Autorität des Willensträgers oder die Billigung der Mittel, deren sich das Individuum zur Verwirklichung seiner Absichten bedienen will. Es genügt auch nicht der Hinweis darauf, daß sich der menschliche Wille immer auf ein Etwas beziehen muß — der Hegelsche Wille zum Nichts kann ja unerörtert bleiben —, daß also Recht die auf ein Interesse gerichtete Willensmacht ist. Denn wenn es nur einen inhaltreichen Willen gibt, so ist ja gerade dann die Aufnahme des Zweckmomentes überflüssig. Vielmehr ist zunächst für die Anerkennung des menschlichen Willensaktes bestimmend, daß diesem ein für das Zusammenleben der Menschen bedeutsamer Kern innewohnt. Doch ist dies kein Charakteristikum gerade des subjektiven Rechtes, da es ja allem, was vom objektiven Recht als der Ordnung dieses Zusammenlebens geregelt wird, eigen ist. Darüber, ob ein subjektives Recht anerkannt wird, entscheidet nicht allein objektiv der Gegenstand der Willensbetätigung, sondern subjektiv das Interesse des Willensträgers an dieser. Wenn dem Verkäufer von der Rechtsordnung ein Recht auf den Kaufpreis zugesprochen wird, so ist der Grund dafür der, daß er, nicht der Käufer an der Empfangnahme des Geldes ein beachtenswertes Interesse hat, und wenn wiederum der Käufer unter bestimmten Voraussetzungen den Preis mindern oder die Zahlung ablehnen kann, so schützt damit das Recht einen Willensentschluß des Käufers, an dessen Vornahme ihm, nicht dem anderen Teil rgelmäßig viel gelegen sein wird. Indem also das objektive Recht eine Berechtigung schafft, konstatiert es zweierlei, einmal daß die Vornahme der Willenshandlung wegen ihres beachtenswerten Inhalts überhaupt von Vorteil, und dann, daß sie gerade für den Willensträger von Vorteil ist.

In diesem letzteren Punkte zeigt sich der verschiedene Einfluß des Interessenmomentes für die Begriffe Recht und Pflicht.

Subjektives Recht ist danach diejenige Willensmacht, welche von der Rechtsordnung mit Rücksicht auf die Bedeutsamkeit des Willensaktes für den Willensträger anerkannt und soweit sie anerkannt wird.

---

[14] Regelsberger S. 76; Gierke, PrivR. S. 253; Merkel, Enzyklopädie § 159; Jellinek, System S. 44; auch Rosin in Annalen 1883 S. 289.

[15] A. M. Schiffner (Zitat übernommen aus Grünhut Bd. 7 S. 757).

§ 4.

b) Das formelle Element.

Wenn Recht gleich Macht ist, so erscheint als die unvermeidliche Konsequenz die Erzwingbarkeit, und in der Tat wird vielfach[16] das Zwangsmoment als ein Essentiale des objektiven wie auch des subjektiven Rechtes betrachtet, während die überwiegende Ansicht der Erzwingbarkeit diese Bedeutung abspricht und sie mehr als ein Naturale auffaßt.[17] Um eine Entscheidung dieser Frage zu ermöglichen, ist es nötig, den Begriff des objektiven Rechts unter dem hier in Betracht kommenden Gesichtspunkt und den des Zwanges zu untersuchen.

1. a) Zunächst ist noch einmal darauf aufmerksam zu machen, daß das Recht auf dem Willen der Allgemeinheit, des Volkes beruht. Allgemeinheit ist nicht einfach als die Mehrheit der Bevölkerung, sondern als derjenige Teil derselben zu verstehen, welcher sich durch mannigfache Machtmittel, wie Geld, Kenntnisse, Organisation, nicht zum mindesten auch durch sein Basieren auf dem historisch Gewordenen — denn alle Entwicklung geschieht nur allmählich — die überlegene und maßgebende Stellung verschafft hat. Der allgemeine Wille, der ja nicht erzwingbar sein kann, gibt die Gesetze und bestätigt sie auch.[18] Ein Gesetz hat in dem Willen der Allgemeinheit ebenso die Ursache seiner Entstehung wie die seines Bestandes. In der freiwilligen Unterwerfung unter das Gesetz äußert sich also das Einverständnis des Volkes. Ein Gläubiger, der gegen seinen Schuldner einen begründeten Anspruch hat, ist zu dessen Feststellung auf den freiwilligen Gehorsam des Richters und zu dessen Durchsetzung auf den des Gerichtsvollziehers, bezw. im Falle der Gehorsamsverweigerung auf die freiwillige Pflichterfüllung ihrer Ersatzmänner bezw. wieder deren Stellvertreter ad infinitum angewiesen. Wenn nun in einem speziellen Falle jeder den Gehorsam verweigern kann und darf, so heißt dies, daß hier ein allgemeiner Wille, ein Rechtssatz nicht besteht, wenn aber generell jeder den Gehorsam verweigern kann und darf, so bedeutet dieses die Nichtexistenz des allgemeinen Willens, des Rechtes, des Staates. Wenn man also von einer Erzwingbarkeit der Rechtsnormen spricht, so ist festzuhalten, daß an der Erzwingung passiv nur ein widerstrebender Einzelwille, aktiv der allgemeine Wille, event. neben ihm ein diesem assimilierter Einzelwille beteiligt ist.

b) Einen Zwang kann man nun physisch und psychisch ausüben. Die erstere Art kommt nicht in Betracht. Denn der Staat hat mit seinen Zwangsmitteln nicht die Macht, unter allen Umständen eine Willens-

---

[16] Kant, Einl. S. 38; Ihering, Zweck Bd. 1 S. 320; Geist Bd. 3,1 S. 351; Lasson S. 207; Giese S. 55.

[17] Harms S. 114; Thon S. 7; Regelsberger S. 63; Bekker Bd. 1 S. 47; Heilborn S. 979; Gierke, Z. Bd. 30 S. 163.

[18] Bierling, Kritik Bd. 1 S. 134; Jellinek, System S. 199.

änderung desjenigen, gegen den sich der Zwang richtet, herbeizuführen. An dem unbeugsamen Willen des Johannes Huß fand die Gewalt der vollstreckenden Organe ihre Grenze. Nun reagiert aber der Staat auf Gesetzesübertretungen durch Festsetzung einer Strafe oder einer Verpflichtung zum Schadensersatz. Das Mittel, dessen er sich so zur Erreichung seiner Zwecke bedient, ist nicht die vis absoluta, sondern die vis compulsiva, indem er dem einzelnen die mißlichen Folgen einer Normverletzung vorhält. Auch wenn der Gerichtsvollzieher nach § 808 ZPO. eine Sache wegnehmen darf, so liegt hierin zunächst nicht mehr als eine Bedrohung, denn der starrköpfige Schuldner kann ja den Gegenstand vorher zerstören.

2. Die ganze bisherige Entwicklung scheint keinen Zweifel darüber zu lassen, daß die Erzwingbarkeit zum Wesen des Rechts gehört. Und doch ist nur richtig, daß das Recht die „Tendenz der Erzwingbarkeit“[19] hat. Gegen die Begriffswesentlichkeit des Zwangsmomentes spricht ein dogmatischer, ein praktischer und ein historischer Gesichtspunkt.

a) Wenn auch einzelne Rechtssätze, so ist doch das Recht ohne Zusammenhang einmal mit den allgemeinen sittlichen Anschauungen und dann ohne den mit dem Wirtschaftsleben nicht denkbar. (Ob und inwieweit wieder die sittlichen Anschauungen von den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Verhältnissen beeinflußt werden, bleibe dahingestellt.) Man denke bezüglich des letzteren Punktes an Vorschriften wie die §§ 138, 534 BGB., nach welchen die Existenz oder Nichtexistenz von Rechten oder Pflichten von den jeweiligen Anschauungen über Sitte und Anstand abhängig gemacht wird. Das Überwiegen des ethischen oder wirtschaftlichen Momentes hat gewisse Veränderungen in der Stellungnahme des Rechts zur Folge.

Gewissen sittlichen Forderungen gegenüber, meist solchen, denen ein lediglich idealer Wert zukommt, verhält sich das Recht passiv. Sie werden von diesem ignoriert, weil ihre ethische Bedeutung eine rechtliche Berücksichtigung nicht duldet, und ihre wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit eine solche nicht verlangt. Andere wieder beläßt die Rechtsordnung im Hinblick auf die herrschenden Anschauungen von Anstand und Sitte dem vorwiegenden Einfluß derselben, zieht aber diese Anrechte in Anbetracht ihrer erhöhten wirtschaftlichen Relevanz in den Kreis seiner Regelung und stempelt sie zu rechtlichen Ansprüchen, zu Rechten. Während hier das gesteigerte wirtschaftliche Interesse nach einer rechtlichen Berücksichtigung verlangt, wünscht die Moral die Außerachtlassung des betreffenden Begehrens, entweder weil dieses in seiner sittlichen Wertlosigkeit eine rechtliche Anerkennung nicht verdient oder wegen seiner ethischen Höhe nicht verträgt. Wenn nun das Recht einer derartigen Forderung Beachtung schenkt, aber die Erzwingbarkeit versagt, so erreicht es damit, daß dieselbe der wechselnden Zeitanschauung entzogen, eine gewisse Stabilität, wirtschaftliche Verwertbarkeit, erhält, andererseits aber die tiefgreifende Wirkung,

---

[19] Seuffert S. 618; Bekker S. 47.

wie sie die gewöhnlichen Normen haben, paralysiert wird, und das sittliche Moment gewahrt bleibt.

b) Die Richtigkeit dieser Entwicklung scheint durch die praktische Gestaltung der Rechtsverhältnisse bestätigt. Nach § 247 Abs. 2 StGB. bleibt der Diebstahl zwischen Ehegatten straflos. Es ist selbstverständlich, daß der eine Gatte gegenüber dem anderen einen moralischen und auch einen rechtlichen Anspruch auf Achtung seines Eigentums hat. Die ratio legis ist die, daß es dem sittlichen Empfinden widerstrebt, wenn der Staat mit seiner Ordnung gar zu tief in die inneren Verhältnisse des Ehelebens eingreift, indem das beiderseitige Vertrauen als der Untergrund der Ehe der hauptsächlich bestimmende Faktor sein soll. Andererseits hat der Staat aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten heraus keinen Zweifel darüber gelassen, daß die widerrechtliche Aneignung von Sachen, die dem anderen Ehegatten gehören, Diebstahl sei. So kam die eigentliche Mischung zustande, einen rechtlichen Anspruch zu schaffen, dem das Zwangsmoment der Bedrohung mit einer Strafe abgeht.

Der zweite der beiden oben skizzierten Gründe war in der Regelung der Spielgeschäfte bestimmend. Diese sind etwas Unsittliches, also einer rechtlichen Berücksichtigung unwürdig. Gleichwohl hat sie das Recht nicht achtlos übergangen, sondern den aus ihnen sich ergebenden Verbindlichkeiten in Anbetracht ihrer Bedeutung den Charakter von naturales obligationes beigelegt (§ 762 Satz 2 BGB.).

c) Auch ein historischer Gesichtspunkt spricht dafür, daß die Erzwingbarkeit nicht notwendig zum Begriff des Rechts gehört.[20] In der ältesten Zeit erfolgte die Vollstreckung des Urteils derartig, daß das Volk dem Sieger im Prozeß es überließ, sich die Befriedigung zu verschaffen. War nun der Unterlegene stärker, so wird es häufig zu einer Erzwingung der Leistung nicht gekommen sein. Andererseits mag jemand, der in dieser Periode ohne große Mühe dank seiner physischen Kräfte sich sein Recht verschafft haben würde, in einer späteren Zeit, wo die Tätigkeit der vollstreckenden Gerichte eine schleppende, unsichere war, häufig seine Befriedigung eingebüßt haben. Dazu kommt noch, daß auch unsere Richter Menschen sind, und daß der Irrtum eines Richters den davon Betroffenen nicht um sein subjektives Recht, wohl aber um die Durchsetzung desselben bringen kann.

Die Erzwingbarkeit ist danach nur ein Symptom, kein Kriterium des subjektiven Rechts.

2. Der Umfang des Begriffes.

§ 5.

a) Vorbemerkungen.

Inhalt und Umfang eines Begriffes stehen immer im entgegengesetzten Verhältnis zueinander. Je geringer die Summe der differentiae specificae eines Begriffes, desto größer ist der Umfang usw. Es kann sich deshalb

[20] Seuffert S. 622 ff.

beim subjektiven Recht nicht darum handeln, eine erschöpfende Aufzählung der darunter fallenden Befugnisse zu geben. Von Bedeutung sind nur die großen Gesichtspunkte, unter denen man die einzelnen Arten der subjektiven Rechte zusammenfaßt. Die mitunter beliebte Zweiteilung in solche Rechte, welche das eigene Verhalten, und solche, welche das fremde Verhalten regeln, empfiehlt sich deshalb nicht, weil dies nicht Gegensätze zu sein brauchen, indem das Recht zu einem Tun meist die Pflicht des anderen zu dem entsprechenden Unterlassen resp. Dulden in sich begreift. Ich werde deshalb unter einer Gruppe diejenigen Rechte zusammenfassen, welche unmittelbar aus der Persönlichkeit folgen, und unter einer zweiten Gruppe diejenigen, welche aus einem sonstigen Rechtsgrunde dem anderen ein bestimmtes Verhalten auferlegen.

§ 6.

b) Die Persönlichkeitsrechte.

1. Ihr Wesen. Sie werden auch Rechte an der eigenen Person, Individualrechte, Individualitätsrechte genannt. Persönlichkeit im Rechtssinne ist der Inbegriff der Rechte, welche dem Menschen als sozialen Gliede zukommen. Der Mensch hat ein Anrecht darauf, nach Belieben seine Kräfte zu entwickeln, auf deren Entfaltung er zwecks Erhaltung seiner Existenz angewiesen ist. Das Individualitätsrecht stellt ein Herrschaftsrecht über die eigene Person vor, insofern der auf die Pflege seiner individuellen Fähigkeiten bedachte und ihre Verwertung und Verwendung organisierende Wille des einzelnen rechtlich betrachtet wird. Das Persönlichkeitsrecht ist aber auch ein Herrschaftsrecht über Sachen und immaterielle Gegenstände, denn der Mensch bedarf zur Erhaltung seines Daseins der Güterwelt der Natur. In dem Wesen des Individualrechts als Herrschaftsrechts liegt die Richtung gegen die anderen Menschen, da eine Folge des Wirtschaftslebens die ist, daß der Mensch nicht nur mit den anderen, sondern auch gegen sie arbeitet.

2. Ihre Stellung in der Wissenschaft. So verstanden, ist die Existenz wie der Charakter der Persönlichkeitsrechte äußerst bestritten. Soweit es Rechte über die eigene Person sind, wird ihr Vorhandensein gänzlich geleugnet von Savigny, Gerber, Laband, Thon. Einen primär negativen Charakter legen ihnen bei Windscheid und bezüglich der dinglichen Rechte Oertmann. Andererseits sehen Gierke, Regelsberger in den Persönlichkeitsrechten die wahre Grundlage aller übrigen subjektiven Rechte. Ihnen nähern sich Kohler, Hellwig, Bierling, v. Liszt.[21]

---

[21] Savigny, System Bd. 1 S. 335; Gerber, PrivR. S. 598; Laband in Zeitschr. f. HR. Bd. 23 S. 622; Thon S. 151; Windscheid Bd. 1 § 40; Oertmann, Jahrb. Bd. 31 S. 415; Gierke Bd. 1 S. 704; Regelsberger Bd. 1 § 50; Kohler in Jahrb. Bd. 18 S. 251 ff.; Bierling, Kritik Bd. 2 S. 175; ders., Prinzipienlehre Bd. 1 S. 247; v. Liszt S. 298.

3. Die notwendige Einschränkung. Soll sich der Begriff des Rechts über die eigene Person aufrechterhalten lassen, so ist eine notwendige Einschränkung vorzunehmen. Das Recht regelt die Beziehungen zwischen Menschen, nimmt nur an solchen Handlungen Interesse, welchen eine Bedeutung für derartige Verhältnisse zukommt, so daß also Tätigkeiten von streng individuellem Interesse, wie Lachen, Weinen, aus der rechtlichen Betrachtung ausscheiden.[22] [23] Es ist deshalb nicht stichhaltig, wenn Laband die Annahme von Persönlichkeitsrechten durch die Behauptung lächerlich zu machen sucht, daß man in konsequenter Weiterentwicklung auch ein Recht, schlechte Sonetten zu dichten oder einen Witz zu unterdrücken, anerkennen müßte.[24] Mitunter wird sich allerdings schwer eine Grenze ziehen lassen. Und da der Mensch ein *φύσει ζῶον πολιτικόν*[25] ist, so wird im Verhältnis zu der ungemessenen Zahl seiner Fähigkeiten die Summe derjenigen, die für die Rechtsordnung indifferent, weil für das Gesellschaftsleben bedeutungslos sind, eine geringe Rolle spielen, vielleicht auch dem Wechsel der Zeitanschauungen unterliegen. Wenn also diese Fähigkeiten aus dem Begriff des subjektiven Rechts ausscheiden, so liegt es nicht daran, daß ihre Entfaltung nicht Ergebnis menschlicher Willenstätigkeit wäre, sondern daran, daß sie vom objektiven Rechte nicht beachtet werden, also nicht eine von der Rechtsordnung anerkannte Willensmacht darstellen.

4. Der Nachweis ihrer Existenz. Um den Nachweis für die Existenz der Persönlichkeitsrechte zu erbringen, muß man von der oben gefundenen Definition des subjektiven Rechts ausgehen. Dieses verlangt eine Willensmacht, ein Interesse, sowie die rechtliche Anerkennung. Daß den Individualrechten eine Willensmacht zugrunde liegt, dürfte nicht zweifelhaft sein, da ja dem einzelnen die Entfaltung seiner Anlagen überlassen bleibt. Fraglich könnte das Vorliegen der anderen beiden Momente sein, so daß eine Untersuchung der wirtschaftlichen Bedeutung der menschlichen Handlungsfähigkeit (a), ferner die Stellung der Rechtsordnung dazu (b) nötig sein wird.

a) Die Handlungsfähigkeit des Menschen ist ein kulturell-wirtschaftliches Gut, und zwar das höchste, das es naturgemäß für uns Menschen gibt. Denn ein Wesen, das von seiner Tätigkeit lebt, hat nichts Wertvolleres als die Erkenntnis seiner Abhängigkeit von der Arbeit, die seiner Arbeitskraft, seiner Arbeitsmittel, seines Arbeitszieles. Die Persönlichkeit des Menschen — im wirtschaftlichen Sinne als Gesamtheit seiner natürlichen Fähigkeiten verstanden — bedeutet für den Träger dieser Fähigkeiten

---

[22] Allerdings können diese Tätigkeiten mitunter ihr rein individuelles Interesse verlieren, wie z. B. bei dem in Reih und Glied stehenden Soldat, der nicht nach Belieben lachen darf.

[23] Bezüglich der öffentlichen Rechte anders Tezner S. 139.

[24] Laband a. a. O. S. 623, 625.

[25] Aristoteles Politika 1, 1, 1253 a.

einen wirtschaftlichen Wert, weil und insofern ihm ein Einfluß auf die ihn umgebende Welt ermöglicht ist, und bedeutet ein wirtschaftliches Gut für die anderen, die imstande sind, sich diese Fähigkeiten dienstbar und nutzbar zu machen. Der Mensch ist das einzige Subjekt, gleichzeitig aber das wertvollste Objekt alles wirtschaftlichen Lebens, der Wirtschaftsordnung, der Rechtsordnung. Mit der Annahme von Persönlichkeitsrechten soll nun konstatiert werden, daß das Individuum nicht gehalten ist, gleich dem Sklaven des Altertums die Betätigung seiner Kräfte von fremdem Willen abhängig zu machen, daß es vielmehr nicht nur als Träger, sondern auch als Herr seiner Fähigkeiten erscheint.

b) Was die Stellung des Rechts zu der menschlichen Handlungsfähigkeit anbelangt, so meint Laband, dieses sei nicht mehr als das von der Rechtsordnung „unangetastet gelassene" natürliche Handlungsvermögen. Aber es ist doch offenbar, daß die Schranken nur in ganz bestimmter Weise gezogen ein gegenseitiges Mit- und Ineinanderwirtschaften ermöglichen und fördern, anders gezogen alle produktive Tätigkeit verhindern oder ertöten. Das objektive Recht läßt somit die menschliche Handlungsfähigkeit nicht unangetastet, sondern lediglich unverkürzt, indem jener Ausdruck als ein Ignorieren derselben seitens der Rechtsordnung verstanden werden könnte. Es schafft insoweit dem menschlichen Handlungsvermögen Spielraum, erzeugt subjektive Rechte.

5. Der Nachweis des positiven Charakters. Vielfach wird nicht die Existenz der Persönlichkeitsrechte bestritten, wohl aber ihr positiver Charakter, indem sie lediglich einen Reflex von Verbotsgesetzen darstellen sollen. Daß die Körperverletzung bestraft werde, habe erst zur Folge, daß jeder seine Körperkräfte gebrauchen könne. Es wäre aber höchst eigenartig, wenn ich bezüglich der geringfügigsten Sache, die mir gehört, nicht nur einen Anspruch auf Rückgabe, nachdem sie mir entrissen ist, sondern auch einen auf Unterlassung einer zu befürchtenden Störung hätte,[26] hingegen der Schutz der sozialen Stellung, des Fundamentes für jedes Wirken des Menschen, mir erst nach erfolgter Verletzung zuteil würde und auch da als eine mir mühelos und grundlos in den Schoß gefallene Frucht zu betrachten wäre. Dazu kommt, daß in dem Recht am eigenen Namen (§ 12 BGB.) ein solches Individualitätsrecht ausdrücklich anerkannt ist, und es liegt nahe, auf Grund von Analogieschlüssen den Kreis dieser Rechte zu erweitern. Und wenn die Freiheit des Individuums als Folge der Beschränkung der anderen angesehen wird, so kann man die Behauptung umdrehen und die Beschränkung der Mitmenschen als die Folge der Freiheit des einzelnen hinstellen und ist ebensowenig zu widerlegen. Es fragt sich nur, was vom Standpunkt der Logik aus natürlicher ist. Und da ist es ebenso unnatürlich wie unpraktisch, den Begriffen, wenn nicht die Notwendigkeit es verlangt, etwas Negatives unterzulegen; denn solange ich

[26] Hellwig a. a. O.

höre, was ein Ding nicht ist, weiß ich noch nicht, was es ist. Es muß allerdings zugegeben werden, daß Windscheid von seiner Auffassung des subjektiven Rechts zu dieser Konsequenz gedrängt wird. Denn wenn das Recht im subjektiven Sinne lediglich ein von der Rechtsordnung gewährtes Wollendürfen ist, so steht es als solches den Rechten anderer als gleichfalls wollendürfender Wesen gegenüber, findet also in der Willensherrschaft des anderen Maß und Beschränkung, geht nur so weit, als nicht andere wollen dürfen. Das subjektive Recht hingegen als die notwendig auf einen wirtschaftlichen Kern gerichtete und deshalb anerkannte Willensmacht verstanden, führt zu der unabweisbaren Folge, daß die Persönlichkeitsrechte einen positiven Gehalt haben müssen. Daß dem primär positiven ein sekundär negativer Inhalt entspricht, ergibt sich von selbst.

6. Der Begriffsumfang. Es zeigt sich deutlich, daß jedes Individualrecht Befugnisse positiver und negativer Art einschließen. Die letzteren bestehen darin, daß jeder einzelne verlangen darf, in der Entwicklung seiner Eigenart nicht gestört zu werden. Sie werden besonders wirksam geschützt durch das Strafgesetzbuch. Die Rechte positiven Inhalts stellen entweder ein Können oder ein Dürfen dar. Jenes liegt vor, wenn man auf Grund eigener Tätigkeit Veränderungen in der Rechtswelt hervorbringt, dieses dann, wenn man tätig ist, ohne die nachteiligen Folgen eines Eingriffs in die Willenssphäre eines anderen befürchten zu müssen. Können und Dürfen stehen nicht im Verhältnis der Über- bezw. Unterordnung zueinander, so daß Dürfen immer ein Können enthielte — dies erscheint mir als ein schwerer Fehler in den Jellinekschen Theorien,[27] auf die ich in ihrem Zusammenhange unten zu sprechen komme —, sie sind vielmehr zwei sich kreuzende Begriffe. Reines Können liegt vor bei vielen einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. dem Kündigungsrecht, reines Dürfen häufig dann, wenn der Handlung des einen ein negatives Individualitätsrecht des anderen gegenübersteht: so darf man in der Notwehr den Angreifer verletzen, eine nicht nur straflose, sondern auch rechtmäßige Handlung (§§ 227, 228 BGB.),[28] es darf der Vater das Kind züchtigen (§ 1631 BGB.). Doch enthält auch eine derartige Handlung häufig ein Können: so darf ein Gerichtsvollzieher Mobilien wegnehmen, d. h. er begeht durch diesen Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen keinen Diebstahl, er kann es tun, d. h. seine Handlung hat die Begründung eines Pfandrechts für den Gläubiger zur Folge.

§ 7.

b) Insbesondere die Gestaltungsrechte.

Eine besonders interessante Gruppe unter den Individualitätsrechten bilden die Gestaltungsrechte, Kannrechte, Rechte des rechtlichen Könnens.

---

[27] Jellinek, System S. 48.
[28] Abweichend Tezner S. 125.

Darunter versteht man zunächst alle Rechte, welche ein Können zum Inhalt haben, also ebenso z. B. das Recht, ein Testament zu errichten, wie das, einen Vertrag zu kündigen. Doch bietet der Begriff in diesem Umfang kein Interesse, weil sich da die Eigentümlichkeiten verwischen. Ich will ihn enger fassen und unter ihm diejenigen ein Können enthaltenden Persönlichkeitsrechte verstehen, welche sich als auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis projiziert darstellen, aus diesem hervorgehen: die sekundären Gestaltungsrechte Seckels, z. B. das Kündigungsrecht, welches erst auf Grund eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses möglich wird. Diese weisen gewisse Besonderheiten auf bezüglich ihrer Grundlage und ihres Inhalts.

1. Die Grundlage. Liegen den gewöhnlichen Persönlichkeitsrechten natürliche Fähigkeiten zugrunde, die erst durch die Berücksichtigung der Rechtsordnung einen rechtlichen Charakter erhalten, so sind die Kannrechte ein durchaus künstliches Gebilde: sie wurzeln in einem Rechtsverhältnis. Eine Anfechtung ist nicht möglich ohne rechtsgeschäftliche Beziehungen, ein Rücktrittsrecht nicht ohne ein Schuldverhältnis, ein Scheidungsrecht nicht ohne eine bestehende Ehe, ein Recht auf Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft nicht ohne eine besondere Beziehung zu dieser. Nur braucht man den Begriff des Rechtsverhältnisses nicht zu eng zu fassen. Auch das Vorkaufsrecht des § 504 BGB. z. B. stellt ein Gestaltungsrecht vor, denn auch hier besteht ein Zustand der „Spannung", welcher durch Ausübung des Rechtes ausgelöst wird.[29]

2. Ihr Inhalt. Ihre Eigenart, welche dadurch begründet wird, daß die Persönlichkeit des Individuums im Lichte eines bestimmten Rechtsverhältnisses erscheint, zeigt sich in ihrer Bedeutung für den Träger der Rechte, in ihrer Wirksamkeit gegen Dritte, in ihrem Einfluß auf das Rechtsverhältnis.

a) Von den gewöhnlichen Persönlichkeitsrechten unterscheiden sich die Gestaltungsrechte dadurch, daß ihr Vorhandensein keine Erweiterung, ihr Fehlen keine Schmälerung der Persönlichkeit bedeutet. Wenn die mangelnde Testier-, Zeugnis-, Verpflichtungsfähigkeit eine Verringerung der Persönlichkeitssphäre darstellt, so hat der Ausschluß des Anfechtungs-, des Rücktritts-, des Kündigungsrechtes keinerlei Einfluß auf die Persönlichkeit als solche. Damit hängt zusammen, daß die Gestaltungsrechte durch einmalige Ausübung erlöschen und erlöschen können.

b) Während ferner die Persönlichkeitsrechte gegen alle, die Ansprüche gegen einen bestimmten einzelnen (vgl. unten § 8) gerichtet sind, wirken die Gestaltungsrechte bald dinglich (dingliches Vorkaufsrecht § 1094 BGB.), bald persönlich (obligatorisches Vorkaufsrecht § 504 BGB.).[30] Analoges gilt von dem ausgeübten Recht, indem es sowohl gegen alle (Anfechtungserklärung) als gegen bestimmte Individuen (Rücktrittserklärung) gehen kann.

---

[29] Kohler, Grünhut Bd. 14 S. 2, 3.
[30] Seckel S. 250.

c) Haben schließlich die gewöhnlichen ein Können enthaltenden Persönlichkeitsrechte die Tendenz, ein Rechtsverhältnis zu begründen, so haben die Gestaltungsrechte die Richtung, auf die Entwicklung eines Rechtsverhältnisses verändernd einzuwirken, und zwar führt ihre Ausübung entweder die spurlose Aufhebung der bisherigen Relation herbei (so z. B. die Ausschlagung der Erbschaft) oder die Aufhebung unter Begründung einer neuen Relation (so die Rücktrittserklärung in einem Schuldverhältnis).

Alle diese Erscheinungen erklären sich, wie gesagt, dadurch, daß das Bild der Gestaltungsrechte weniger durch die ihnen zugrunde liegende Rechtspersönlichkeit, als das sie erzeugende Rechtsverhältnis charakterisiert wird.

Ist eine Rechtsordnung ohne Persönlichkeitsrechte undenkbar, so ist die Existenz von Gestaltungsrechten Zeichen einer schon komplizierten Rechtsordnung.

§ 8.

Die Ansprüche.

Sie haben mit den Persönlichkeitsrechten negativen Inhalts eine gewisse Verwandtschaft. Wo sich nämlich solch ein Persönlichkeitsrecht durch Beziehung auf einen bestimmten Menschen, durch Richtung auf einen bestimmten Zweck verdichtet, individualisiert, da nennt man es Anspruch. Wenn ich in meiner Freiheit verletzt werde, so habe ich nunmehr gegen den bestimmten Verletzer einen genau charakterisierten Anspruch auf Schadensersatz. Insofern ist die Ansicht Kipps,[31] daß erst aus einer Verletzung objektiven Rechts subjektives Recht entstehe, nicht zutreffend, da sie auf einer Verwechslung der Begriffe Recht und Anspruch beruht. Aber die Ansprüche sind nicht als bloße Unterart, als besondere Erscheinungsform der Individualitätsrechte aufzufassen. Denn zu den Ansprüchen gehören neben solchen aus familienrechtlichen Beziehungen auch die Forderungsrechte aus obligatorischen Verhältnissen,[32] da sie sich gegen eine bestimmte Person richten, der sie ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, ohne daß diese oder jene Personalitätsrechte wären. Dieses Verhalten kann positiver oder negativer Art sein. Mit Unrecht meint Fischer,[33] daß bei einem auf etwas Negatives gehenden Recht nur eine Verletzung, nicht eine Erfüllung möglich sei. Diese Rechte werden eben durch fortgesetztes passives Verhalten des anderen Teils befriedigt.[34]

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinem § 194 zunächst Stellung genommen gegen die vielbekämpfte Auffassung Windscheids[35] von den Ansprüchen gegen jedermann. Und mit Recht; denn ein Anspruch gegen

[31] Kipp zu Windscheid § 40 S. 147.
[32] Hellwig S. 5; Fischer-Henle, BGB. § 194.
[33] Fischer S. 72.
[34] Hellwig S. 6.
[35] vgl. einerseits Windscheid Bd. 1 S. 156; Schey in Grünhut Bd. 7 S. 768; Bierling, Kritik Bd. 2 S. 181 ff.; andererseits Fischer S. 72; Ihering, Jahrb. Bd. 10 S. 392; Dernburg Bd. 1 S. 86; Regelsberger S. 213.

jedermann ist wertlos, da der Begriff des subjektiven Rechts hier vollständig ausreicht. Ebenso ist der eine der beiden Begriffe entbehrlich, wenn man subjektives Recht und Anspruch identifiziert.[36]

§ 9.

II. Die Rechtspflicht.

1. Der Begriff. Ist Recht in erster Linie Willensmacht, so ist Pflicht primär Willensbegrenzung und Rechtspflicht die in der Rechtsordnung begründete Willensbegrenzung.[37] Es liegt also in jedem Recht als einer rechtlich nicht nur anerkannten, sondern auch beschränkten Macht eine Pflicht auf seiten des Berechtigten, nämlich die, die Grenzen seines Rechtes nicht zu überschreiten, indem unbegrenztes Recht Willkür, rein physische Beherrschung ist. Man kann ein Recht gebrauchen, darf es aber nicht mißbrauchen (vgl. § 226 BGB.). Andererseits ist auch die Pflicht dem Recht verwandt, denn jede Willensbegrenzung ist eine Willensbejahung. Bezüglich des Willensfaktors finden sich in beiden Begriffen die gleichen Elemente, nur in verschiedener Mischung. Wenn man demnach Recht und Pflicht unterscheidet, so handelt es sich darum, welches der beiden Momente das logische Prius bildet. Recht ist primär Willensmacht, Pflicht primär Willensbegrenzung. Das logische Prius hinwiederum hängt davon ab, welcher der zwei Faktoren überwiegt, oder welcher Gesichtspunkt gerade hineinspielt, und hängt damit zusammen, in wessen Interesse sich der betreffende Willensakt vollzieht.

Denn wie an der Betätigung des Rechts ist auch an der Erfüllung der Rechtspflicht ein Interesse vorhanden, und zwar als aus dem Wesen der Rechtsordnung fließend das Interesse, ein Existenz- oder ein Kulturbedürfnis oder beides befriedigt zu sehen.

Allerdings besteht hier das Interesse an der Vornahme des Willensaktes nicht auf seiten des Handelnden, sondern auf der eines anderen; ob dies immer ein Berechtigter sein muß, bleibe zunächst dahingestellt (vgl. unten 2 b). Die Pflicht wird mit Rücksicht auf den Vorteil dieses, nicht des Verpflichteten konstatiert.

Rechtspflicht ist darnach diejenige Willensbegrenzung, welche ohne Rücksicht auf das Interesse des Willensträgers von der Rechtsordnung bestimmt wird. Diese (primäre) Willens*begrenzung* beruht also darauf, daß ein anderer als der Willensträger an der Willenstätigkeit desselben interessiert ist. Andererseits liegt das Wesen des subjektiven Rechts darin, daß hier lediglich oder hauptsächlich dem Willensträger an der Vornahme des Willensaktes etwas gelegen ist, sein Wille nicht als gebunden, sondern als frei (nicht im philosophischen Sinne) erscheint, was eben die Definition des subjektiven

[36] *Seuffert* Bd. 12 S. 617.
[37] *Gierke* Bd. 1 S. 265.

Rechtes als Willensmacht rechtfertigt. Die Begriffe „Willensmacht" und „Willensbegrenzung" bringen darnach allein schon zum Ausdruck, daß das eine und das andere Mal verschiedene Interessen an der Willenshandlung beteiligt sind. Es erübrigt sich daher die Aufnahme des Interessemomentes in die Definitionen, und es genügt zu sagen: Subjektives Recht ist die von der Rechtsordnung bestimmte Willensmacht, Rechtspflicht die von der Rechtsordnung bestimmte Willensbegrenzung. Nur wird man immer zur Prüfung dessen, ob ein Recht oder eine Pflicht vorliegt, ob der Wille als primär frei oder als primär gebunden anzusehen ist,[38] darauf zurückgehen müssen, wer hier an der Handlung des Willensträgers ein Interesse hat.

Infolge der Verschiedenheit der Interessen sind die Begriffe Recht und Pflicht meist Korrelate; sie scheinen aber unvereinbare Gegensätze zu sein. Es ist jedoch wohl möglich, daß der Vorteil des einen auch den des anderen bedeutet, so daß man gleichzeitig Subjekt einer Rechts- und einer Pflichtposition ist. So erscheint bei einem Kaufvertrage der Käufer zur Abnahme der Ware als berechtigt, während doch für ihn auch eine Abnahmepflicht besteht (§ 433 Abs. 2 BGB.). In einem solchen Falle entscheidet über die Annahme einer Berechtigung oder einer Verpflichtung das Urteil darüber, in wessen Interesse hier der betreffende Willensakt liegt, wessen Willen zugunsten der Willensmacht des anderen Grenzen gezogen sind.

Ein analoges Beispiel bietet § 31 Abs. 1 StGB. im Vergleich mit Art. 57 RV. und § 1 des Gesetzes v. 9. 11. 1867 (GBl. S. 131) hinsichtlich der Wehrpflicht.

Daß die Rechtspflicht sich von der bloßen sittlichen Pflicht durch die Anerkennung seitens der Rechtsordnung unterscheidet, bedarf keiner Erläuterung. Andererseits ist rechtliche Beachtung nicht gleichbedeutend mit Erzwingbarkeit, wie oben gezeigt (§ 4). Die Rechtsordnung überläßt gewisse Verbindlichkeiten der freiwilligen Erfüllung des Verpflichteten mit Rücksicht auf die sittliche Beurteilung der Verbindlichkeit durch die Allgemeinheit oder durch die an ihrer Befriedigung am meisten interessierten Gesellschaftskreise; andererseits aber erheischt die Bedeutsamkeit der Verpflichtung eine Stellungnahme der Rechtsordnung.

2. Verhältnisse von Recht und Pflicht. Nur kurz soll die Frage, ob Recht und Pflicht Korrealbegriffe sind,[39] gestreift werden. Es liegt nahe, die Frage zu bejahen, da die Willensfreiheit des einen die Freiheitsschmälerung des anderen, der Vorteil des einen häufig den Schaden des anderen bedeuten wird.

a) Zunächst ergibt sich diese Beantwortung als unrichtig, wenn man

---

[38] vgl. das zu Anfang des Paragraphen Gesagte.

[39] Bejaht von Engelmann, Bürgerl. R. S. 34; Gierke S. 225; Merkel § 165; richtig von seinem Standpunkt Seuffert-Grünhut Bd. 12 S. 617.

untersucht, ob die Existenz einer Berechtigung immer nach dem Vorhandensein einer Verpflichtung verlangt. Denn den Gestaltungsrechten braucht keine Pflicht des anderen Teiles zu entsprechen.[40] Zwar will Bierling[41] auch für diese eine Rechtspflicht konstruieren. Wenn er jedoch als Beispiel das Widerrufsrecht des Schenkers anführt (§ 530 BGB.) und darnach eine bedingte Rückgabepflicht des Beschenkten annimmt, so übersieht er, daß man es hier mit einer condicio iuris, also keiner wahren Bedingung zu tun hat, eine Rückgabepflicht darnach in Wirklichkeit nicht besteht. Diese kommt vielmehr erst dann zur Existenz, wenn der Schenker von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht. Die einzige Pflicht des anderen Teiles ist die, das Vorhandensein des Gestaltungsrechtes anzuerkennen; das ist aber nichts diesem Eigentümliches.

b) Die Frage, ob mit der Verpflichtung des einen notwendig eine Berechtigung des anderen verbunden ist, wird ebenfalls zutreffenderweise verneint.[42] Eine privatrechtliche Pflicht, der kein Recht auf der anderen Seite entspricht, ist z. B. l. 50, 1 Dig. 5, 3 oder in § 1940, BGB. bei der Belastung des Erben mit einer Auflage oder in § 328 Abs. 2 BGB. bei dem Vertrage zugunsten Dritter, wenn auch nur als möglich, anerkannt.

III. Das subjektive öffentliche Recht.

§ 10.

1. Vorbemerkungen.

Zwecks Entwicklung dieses Begriffes kann man zweierlei Wege beschreiten. Entweder man geht vom objektiven öffentlichen Rechte aus und kommt dann durch gleiche Deduktionen zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts wie überhaupt vom objektiven zum subjektiven Recht: in diesem Falle wäre zunächst eine vollständige Erörterung des Begriffes des öffentlichen Rechtes erforderlich. Oder man geht vom subjektiven Recht im allgemeinen aus und entwickelt den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts durch Hervorhebung der unterscheidenden Merkmale. Ich werde den letzteren Weg wählen.

2. Der Begriffsinhalt des subjektiven öffentlichen Rechts.

§ 11.

a) Die Willensmacht.

Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, wie er oben entwickelt worden ist, enthält drei Merkmale: Als genus proximum die Willensmacht und als differentiae specificae das Interesse und das objektive

---

[40] Seckel S. 215.
[41] Bierling, Prinzipienlehre Bd. 1 S. 180.
[42] Merkel § 65 Anm.; Regelsberger S. 80.

Recht. Das Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechts kann also nur in einer Modifikation eines oder mehrerer dieser drei Begriffsmerkmale liegen.[43] Es sei zunächst die Willensmacht untersucht.

a) Nicht entscheidet, ob der Träger des Willens eine öffentliche juristische Person, oder ein Privater ist. Denn wenn der Staat aus einem gewöhnlichen Kaufgeschäft ein subjektives Recht hat, so ist dies noch kein öffentliches Recht.

b) Einen m. E. nicht gelungenen Versuch, den Inhalt des Wollens entscheiden zu lassen, hat Jellinek[44] gemacht. Zu dem natürlichen Handlungsvermögen des Menschen verhält sich nach ihm die Rechtsordnung verschieden: entweder sie ignoriert es, dann hat man es mit rechtlich irrelevanten Handlungen zu tun, oder sie nimmt zu den menschlichen Fähigkeiten Stellung. Dies geschieht einmal so, daß ein Druck auf den Menschen ausgeübt wird (Gebote, Verbote), oder so, daß ihm freies Spiel in der Entfaltung seiner Anlagen gelassen wird. Auch dieser letztere Standpunkt läßt wieder zwei Möglichkeiten zu: das Recht beschränkt sich auf die Anerkennung der menschlichen Handlungsfähigkeit (erlauben), oder es legt ihr noch gewisse Eigentümlichkeiten bei, indem durch die Handlung eine gewisse Veränderung in der Außenwelt bewirkt wird (gewähren). Die Folge des ersteren ist das Dürfen, die des letzteren das Können. Und zwar ist das Können selbständig, nicht aber das Dürfen, indem auch an ein Nichtdürfen rechtliche Folgen geknüpft werden. Da das Dürfen im wesentlichen das menschliche Handlungsvermögen enthält, man sich aber den Menschen handelnd auch lediglich gegenüber den anderen denken kann, ohne Beziehung auf ein Gemeinwesen, so richtet sich das Dürfen auf die Beziehungen von Mensch zu Mensch. Hingegen die Rechtswirkungen, die das rechtliche Können ausmachen, sind durchaus eine Schöpfung des Staates. Gekonnt wird also gegenüber dem Staate, gedurft gegenüber dem Nebengeordneten. Die privatrechtlichen Ansprüche zeichnen sich nun dadurch aus, daß mit dem Dürfen den anderen gegenüber gleichzeitig ein Können gegenüber dem Staate verbunden ist, indem der Staat die Pflicht hat, den Anspruch anzuerkennen;[45] die öffentlichen Rechte jedoch stellen ein reines Können dar, indem dieser mit zunächst irrelevanten Handlungen wie Beschreiben des Wahlzettels rechtliche Folgen verbindet. Diese Deduktionen Jellineks dürften ihre Probe kaum vor der Wirklichkeit bestehen. Wenn ein Kaufmann seinem Angestellten Prokura erteilt (HGB. § 48), so kann man diesen Akt allenfalls als ein Dürfen gelten lassen. Sobald aber jetzt der Prokurist irgendein Geschäft abschließt, ist es sicher, daß er diese Veränderung in der Rechtswelt unmittelbar gegenüber dem Prinzipal herbeiführt, daß also unmittelbar diesem gegenüber

---

[43] Layer S. 331.
[44] Jellinek, System S. 45 ff.
[45] Jellinek S. 51.

gekonnt wird. Andererseits sind nach Art. 22 Abs. 2 RV. wahrheitsgetreue Berichte der Reichstagsverhandlungen von jeder Verantwortung frei. Hier ist also offenbar ein Dürfen, und zwar direkt gegenüber dem Staate anerkannt, und es hieße allem Sprachgebrauch und Sprachgefühl ins Gesicht schlagen, wenn man in diesem Falle von rechtlichem Können reden wollte. Aber Jellinek erklärt wohl die Veröffentlichung der Reichstagsberichte für eine irrelevante Handlung; dann würde er sich aber selbst widersprechen. Denn es wäre eigenartig, daß die Rechtsordnung es für nötig halten sollte, zu ihr Stellung zu nehmen.

Bei dem Versuche, die Haltlosigkeit der Jellinekschen Folgerungen nachzuweisen, will ich nicht so sehr Wert darauf legen, daß Jellinek[46] zwar das Können als bestimmt qualifizierte Fähigkeit bezeichnet, hingegen das Handelndürfen dem Handeln gleichsetzt, während es doch immerhin bedenklich ist, einen grundlegenden Begriff schief zu fassen; auch nicht so sehr die Widersprüche hervorheben, in die sich Jellinek[47] verwickelt, indem er z. B. von der Privatrechtsordnung aussagt, daß sie kein neues Moment dem Handlungsvermögen hinzufüge, hingegen später[48] zugibt, daß sie ohne öffentliche Ansprüche undenkbar ist. Der Grundfehler Jellineks, den auch Tezner[49] nicht genügend scharf hervorhebt, scheint mir in seinem Ausgangspunkt zu liegen.

Jellinek[50] versteht unter Dürfen die Gesamtheit der rechtlich relevanten, erlaubten Handlungen. Rechtlich relevant ist ihm alles, was (absolut oder relativ) wirtschaftlich bedeutsam ist. Und Erlauben setzt er gleich der Anerkennung der natürlichen Freiheit des Menschen.[51] Wie er selbst zugibt, erkennt die Rechtsordnung nur die relevanten Fähigkeiten an; darnach wäre relevant und erlaubt gleichwertig. Das hätte aber einmal zur Folge, daß jedem Können als wirtschaftlich bedeutsamen Akt ein Dürfen zugrunde liegen müßte, während ein Können häufig mit einem Nichtdürfen verbunden ist (les minus quam perfecta), und dann widerspricht es offenbar unserem Sprachgefühl, die Begriffe „Anerkennen" und „Erlauben" als konform zu betrachten.

Richtig erscheint mir, daß die Rechtsordnung nur gewisse wichtige Akte in ihre Regelung zieht. Unter diesen sind die für die Gesamtheit als Kultur- und Wirtschaftsgemeinschaft günstigen und die ungünstigen Handlungen zu unterscheiden. Jenes sind die gedurften und die gekonnten, dieses die nicht gedurften und die nicht gekonnten Betätigungen. Daß man eine Handlung als gedurft oder als gekonnt bezeichnet, ist weniger in ihrem Wesen begründet, als vielmehr hängt es von dem Gesichtspunkt ab, unter dem man sie gerade ins Auge faßt.

---

46 Jellinek, System S. 48/49.
47 Jellinek a. a. O. S. 45.
48 Jellinek a. a. O. S. 51.
49 Tezner S. 109.
50 Jellinek, System S. 46.
51 Jellinek a. a. O. S. 45.

Können ist die Macht, rechtlich anerkannte Folgen an die eigene Tätigkeit zu knüpfen. So hat man die Fähigkeit, in dem Niederschreiben eines Schriftstücks von ganz bestimmter Form den letzten Willen zur Geltung zu bringen, während z. B. die Folge des Strafeintritts auf Grund der Begehung einer nicht gedurften Tat unabhängig vom Willen des Täters eintritt. Beim Dürfen wiederum sieht man die Handlung unter dem Gesichtswinkel der Verletzung der Willens- und Einflußsphäre eines anderen an, und zwar derartig, daß es im Gegensatz zu einem Nichtdürfen als dem Verbote eines derartigen Eingriffes steht. So darf, während gemeinhin die Körperverletzung nicht erlaubt ist, der Vater das Kind züchtigen (§ 1631 Abs. 2 BGB.), so darf, während sonst die Wegnahme fremder Sachen rechtswidrig ist, der Gerichtsvollzieher solche in seinen Besitz bringen (§ 808 Abs. 1 ZPO.).

Im Gegensatz dazu verhält sich die Rechtsordnung zu den für die Gemeinschaft unvorteilhaften Akten so, daß diese entweder nicht gedurft oder nicht gekonnt werden, oder beides. Nun gibt es aber Tätigkeiten, bei denen sich das günstige und das ungünstige Element mischen, insbesondere solche, welche wohl in die Willenssphäre eines anderen eingreifen, insofern also sich als eine Störung darstellen, ihrem Gesamtbilde aber sich doch als vorteilhaft erweisen: die nicht gedurften, aber gekonnten Handlungen. Beispiele geben ab die leges minus quam perfectae. Wenn z. B. eine Frau vor Ablauf von zehn Monaten seit Auflösung der Ehe wieder heiratet, so bleibt eine solche Eheschließung gültig, ist aber nichtsdestoweniger verboten, da sonst die Rechtsposition des Kindes gefährdet werden könnte (vgl. § 1313 BGB. mit §§ 1327 u. 1328 BGB.). Hingegen wird sich selten die Kombination ergeben, daß ein Willensakt gedurft, aber nicht gekonnt wird. Denn wenn erst die Rechtsordnung ausdrücklich erlaubt, den Willenskreis eines anderen zu tangieren, dann wird sie auch gewisse positive Folgen mit diesem Tun verbinden.

Andererseits ist aber der Gesichtspunkt, unter dem man die betreffende Tätigkeit ansieht, nicht allein entscheidend. Gewisse Handlungen lassen nur den des Könnens, z. B. das Antragsrecht, andere nur den des Dürfens zu, z. B. das Züchtigungsrecht des Vaters. Doch ergibt sich eine neue Komplikation, wenn man diese Akte in ihrem Verhältnis zum Staate ins Auge faßt.

Auch hier finden sich zunächst die vier Erscheinungsformen des Könnens, Nichtkönnens, des Dürfens, Nichtdürfens. Der Staat darf einem Menschen die Freiheit entziehen, er kann enteignen, Vermögen konfiszieren usw. Ebenso wird auch dem Staat gegenüber sowohl gekonnt als gedurft. Man kann sich an der Wahl beteiligen, indem der Staat an den Willensakt einen gewissen erstrebten Erfolg knüpft, man darf sich frei versammeln, seine Religion offen bekennen bezw. ausüben, die politischen Ereignisse rückhaltlos besprechen, indem alle diese Rechte die Persönlichkeit des Staates, seine Existenz und seine Sphäre unmittelbar berühren können und aus diesem Grunde lange versagt oder mindestens verkürzt waren.

Unter diesen Handlungen gibt es eine Gruppe solcher, welche zunächst ein bloßes Können, in ihrer Relation zum Staate aber ein Dürfen enthalten. Man denke an den Zusammenschluß mehrerer Personen zu einem Verein. Zunächst ist dies ein Akt reinen rechtlichen Könnens. Insofern aber dieses Recht als die Sicherheit des Staates möglicherweise tangierend lange Zeit versagt bezw. beschränkt war, bedeutet es auch ein Dürfen dem Staate gegenüber.

Diese Entwicklung erschien mir aus zweierlei Gründen notwendig. Einmal wollte ich den Nachweis versuchen, daß sich die Jellinek'sche Auffassung bezüglich des veränderten Willensinhaltes bei den subjektiven öffentlichen Rechten nicht bewährt, was zur Klarlegung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechtes zu dienen bestimmt war. Dann aber wollte ich die beiden einzigen Inhaltsmöglichkeiten eines subjektiven Rechtes, also auch des subjektiven öffentlichen Rechtes, erläutern.

§ 12.

b) Das öffentliche Recht.

Es liegt nahe, daß man, wenn man Recht als die von der Rechtsordnung anerkannte Willensmacht ansieht, das subjektive öffentliche Recht als die vom öffentlichen Recht anerkannte Willensmacht definiert. Was aber ist das öffentliche Recht?

Das Recht regelt die Beziehungen des Menschen zum Menschen; es regelt die Lebensverhältnisse und gestaltet sie durch seine Einwirkung zu Rechtsverhältnissen.

Das öffentliche Recht ordnet die spezifischen Beziehungen des Menschen zu einer öffentlichen juristischen Person und der öffentlichen juristischen Personen zueinander; es ordnet die spezifisch-öffentlichen Lebensverhältnisse und macht sie durch seine Einwirkung zu öffentlichen Rechtsverhältnissen. Zu den spezifisch-öffentlichen Lebensverhältnissen gehören auch die Beziehungen einer öffentlichen juristischen Person zu ihren Organen; auch ihre Regelung wird vom öffentlichen Recht umfaßt.

Die Untersuchung wird deshalb sich auf die Behandlung der beiden Fragen erstrecken: 1. Was ist eine öffentliche juristische Person? 2. Was ist ein spezifisch-öffentliches Lebensverhältnis?

1. Die öffentliche juristische Person unterscheidet sich von der privaten juristischen Person a) durch ihren Zweck, b) durch die zur Erreichung desselben gegebenen Mittel.

a) Die private juristische Person hat einen streng individualisierten Zweck. Wenn der eingetragene Verein Kegelklub X sich zum Schachklub Y verwandelt, oder die Aktiengesellschaft Holzindustrie X auf Grund statutenmäßigen Beschlusses den Gegenstand ihres Unternehmens verändert und zur Holzindustrie Y wird, so erleidet zwar der Zweck eine relativ tiefgehende Veränderung, die juristische Person bleibt aber dieselbe, weil der

Charakter des Zweckes gewahrt bleibt; hier wie dort ist der Zweck durchaus individualisiert. Ganz anders ist die Sachlage, wenn eine Kommune sich zum Staat entwickelt oder ein bisheriger Staat zur Kommune herabsinkt; das ganze äußere Bild erfährt eine Umwandlung, welche in letzter Linie auf eine Veränderung der Zwecke zurückzuführen ist. War dort ein substantiierter, so ist bei der öffentlich-juristischen Person ein umfassender Zweck vorhanden; sie will unbegrenzt viele Seiten des kulturellen Lebens entwickeln und entwickelt sie. Nach Laband[52] soll im Ausdruck „umfassender Zweck" eine contradictio in adjecto liegen, da der Zweckbegriff notwendig die Bestimmtheit, die Individualisierung verlangt. Das ist wohl richtig. Der Begriff des Zweckes erfordert wohl Bestimmtheit, aber nur der Qualität, nicht der Quantität nach; wenn man aber von einem Gebilde mit allseitigem (Staat) oder vielseitigem Zweck (z. B. Kommune) spricht, so heißt dies, daß diesem eine ungemessene, nicht berechenbare Zahl von durchweg auf etwas Konkretes gerichteten Zwecken gegeben sind.

b) Mittel und Zweck sind aufeinander abgestellt; zur Erreichung eines umfassenden Zweckes sind besonders wirksame Mittel, eine gesteigerte Zwangsgewalt erforderlich. Die Gesamtheit dieser Mittel nennt man Herrschaft, welche nach Graden abgestuft sein kann und es auch ist. Herrschaft ist die Macht, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen.[53]

Danach sind öffentliche juristische Personen solche, denen zur Verwirklichung ihres umfassenden Zweckes Herrschaftsmittel zu Gebote stehen.

Es wären zu ihnen neben dem Staat und den Kommunen die Kirchen und die sonstigen öffentlichen Genossenschaften sowie die öffentlichen Anstalten zu rechnen.

Es scheint somit der Nachweis erbracht, daß die Hineinziehung des Zweckmomentes zum Verständnis des Wesens der öffentlichen juristischen Person erforderlich ist. Wenn Laband[54] jenes aus den juristischen Definitionen überhaupt ausgeschaltet wissen will, so übersieht er, daß gewisse Begriffe ohne die Aufnahme desselben überhaupt nicht zu fassen sind, wie z. B. der der verbrauchbaren Sache.[55] Ferner bringt die Außerachtlassung des Zweckes als des Umstandes, welcher die Gestaltung und Entwicklung der Dinge, zum mindesten unsere subjektive Auffassung dieser Gestaltung — da ja auch der Zweck vom subjektiven Empfinden untergelegt wird — beherrscht, die Gefahr eines unfruchtbaren Formalismus mit sich.

2. Das spezifisch-öffentliche Lebensverhältnis.

Die öffentlichen juristischen Personen treten wie die natürlichen und die privaten juristischen Personen in das Wirtschaftsleben ein und erfahren

---

[52] Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 63.
[53] Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 64.
[54] Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 63.
[55] Brie im Archiv Bd. 4 S. 64.

dann grundsätzlich die gleiche rechtliche Behandlung. Wenn nun eine öffentliche juristische Person mit einer privaten in derartige Beziehungen tritt, so liegt kein spezifisch-öffentliches Lebensverhältnis vor. Ein solches ist erst dann gegeben, wenn die öffentliche Person in dieser ihrer Eigenschaft an der Relation teilnimmt, d. h. wenn sie als eine mit Herrschaftsrechten ausgestattete Körperschaft auftritt. Hier ist nur eine Schwierigkeit, auf die Layer[56] aufmerksam macht, ohne sie beseitigen zu können. Die öffentlichen Verbände als solche treten in Konnex zueinander, z. B. zwei Religionsgesellschaften treffen Vereinbarungen wegen eines gemeinsamen Friedhofes oder zwei Kommunen wegen gemeinschaftlicher Eisenbahnen. Da diese öffentlichen Rechtspersonen einander koordiniert sind, Imperium aber immer Subordination verlangt, so kann die Herrschaftsnatur nicht das Charakteristikum für das spezifisch-öffentliche Lebensverhältnis sein. Es ist aber doch natürlich, daß die von dem Zentrum der Staatsgewalt gleich weit entfernten öffentlichen Körperschaften gleiche Ausstrahlungen der Herrschaftsnatur des Staates empfangen. Auch sie sind mit öffentlicher Gewalt versehen, die sich deutlich im Verhältnis zu dem ihnen Subjizierten zeigt. Wo die gleichgeordneten Körperschaften in Beziehung zueinander treten, da geht sie nicht unter, sondern wird latent. Es ist hier dasselbe Prinzip wie im Völkerrecht, wo auch die einzelnen Subjekte einander grundsätzlich als koordiniert gegenübertreten, ohne doch bezüglich ihrer Herrschaftsnatur eine Einbuße zu erleiden.

Spezifisch-öffentliches Lebensverhältnis besagt eben nichts anderes als eine Relation, welche auf privatrechtlichem Wege niemals begründet werden kann. Es ist doch sicher, daß in dem oben gedachten Beispiel des gemeinschaftlichen Friedhofs nicht nur das Herrschaftsrecht jeder Religionsgesellschaft im Wesen unverändert bleibt, sondern auch daß die gegenseitigen Beziehungen der beiden kirchlichen Vereine absolut verschieden etwa von denen bei einem privatrechtlichen Pachtvertrage, also öffentlicher Natur sind. Die Ursache dafür liegt darin, daß die beiderseitigen Abmachungen sich auf das Herrschaftsrecht der juristischen Personen beziehen. Wie dieses Herrschaftsrecht die Voraussetzung für die Möglichkeit ist, derartige Verträge zu schließen, so ist seine Modifikation das Ziel derselben, der Inhalt der zu schaffenden Verbindlichkeit. Daß hier öffentlichrechtliche Verhältnisse vorliegen, zeigt sich in der Befreiung vom Formzwange des Privatrechts, in einer schärferen Kontrolle seitens des Staates, deutlich auch in den Folgen einer Vertragsverletzung, indem eine solche prinzipiell im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens zu erledigen wäre. Es hängt, wie gesagt, damit zusammen, daß in allen diesen Fällen die öffentliche juristische Person in ihrem Wesen als ein mit Herrschaft ausgestattetes Gebilde ergriffen wird.

---

[56] Layer S. 335; O. Mayer S. 426.

§ 13.

c) Das Interesse.

Daß auch dem subjektiven öffentlichen Recht ein individualisiertes Interesse zugrunde liegen muß, ist selbstverständlich. Mag ein Handeln des Menschen aus reinem Altruismus möglich sein oder nicht, indem die Rechtsordnung eine Berechtigung anerkennt, konstatiert sie immer, daß der von ihrer Regelung betroffene Willensakt im Interesse des Willensträgers liegt, und auch das subjektive öffentliche Recht ist subjektives Recht, also Willens m a ch t. An den subjektiven öffentlichen Rechten ist aber nicht nur ein starkes Individualinteresse, sondern auch ein beachtenswertes und von der Rechtsordnung beachtetes öffentliches Interesse vorhanden. Was jedoch ist öffentliches Interesse?

Öffentliches Interesse ist nicht identisch mit Interesse einer Vielheit von Menschen,[57] z. B. § 188 Nr. 2 KO. Diese Vielheit muß vielmehr durch ein bestimmt geartetes inneres Band miteinander verknüpft sein. Wenn man aber öffentliches Interesse dahin definiert, daß es sich aus einer Mehrheit von Einzelinteressen räumlich verbundener Menschen zusammensetzt,[58] so ist diese Fassung zu eng. Denn auch kirchliche Interessen gelten als öffentliche, ohne daß man hier an einen räumlichen Konnex dächte, oder daß ein solcher wesentlich wäre.

Auszugehen ist bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses vom Staat. Wird der Staat als die Gesamtpersönlichkeit seiner gerade lebenden Angehörigen gefaßt, so ergibt sich das Gemein- oder Staatsinteresse als die Summe der Einzelinteressen der augenblicklich lebenden Staatsangehörigen.[59] Erscheint wiederum der Staat als juristische Person unabhängig von dem jeweiligen Bestande seiner Glieder, so ist auch das Staatsinteresse losgelöst von dem dieser einzelnen, so daß es „auch das Interesse der noch ungeborenen Zukunft umfaßt".[60] Hierin liegt wohl nur scheinbar ein Widerspruch. Der kulturell hochstehende Mensch empfindet es als stolzes Gefühl, nicht nur für sich, sondern auch für kommende Generationen arbeiten zu können, indem dies je nach seiner Anlage seinen sittlichen Anschauungen Rechnung trägt oder seinem Ehrgeiz schmeichelt. Er hat ein Interesse daran, seine Kräfte in den Dienst des geistigen und wirtschaftlichen Aufstrebens seines Volkes zu stellen. Versteht man den Staat als Gesamtheit kulturell entwickelter Menschen, so ist das Staatsinteresse gleichwertig dem von einzelnen, welche aus einem mehr oder weniger edlen Egoismus heraus nicht nur für sich, sondern auch für die, welche später einmal den Staat bilden sollen, wirken, so daß theoretisch die Ansicht L e u t h o l d s, praktisch die J e l l i n e k s zu billigen wäre.

---

[57] L e u t h o l d S. 331.
[58] L e u t h o l d S. 332.
[59] So im Ergebnis L e u t h o l d S. 331.
[60] So im Ergebnis J e l l i n e k, System S. 69.

Öffentliches Interesse ist aber ein weiterer Begriff als Staatsinteresse. Wenn eine Kommune oder eine Kirchengemeinde Maßregeln treffen, so geschieht dies wohl im öffentlichen, aber nicht unmittelbar im Staatsinteresse. Öffentliche Interessen können auch einander widerstreiten, indem z. B. eine Maßnahme im Interesse einer Kommune liegen, dem des Staates aber widersprechen kann. Von öffentlichem Interesse wird man überall da reden können, wo das einer öffentlichen juristischen Person in Frage kommt.

Öffentliches Interesse ist jeder Relation immanent, an welcher eine öffentliche juristische Person teilnimmt, insbesondere also dem gesamten öffentlichen Recht. Öffentliches Interesse muß demnach auch in den subjektiven öffentlichen Rechten wirksam sein, bedarf aber, da diese ja nur Ausfluß des öffentlichen Rechtes sind, als notwendig im Begriffe einer öffentlichen Berechtigung enthalten, keiner besonderen Hervorhebung im Begriffe. Andererseits bleibt aber auch die öffentliche Berechtigung Willensmacht, d. h. es liegt ihr ein anerkanntes Individualinteresse zugrunde. Es wird daher sowohl das Vorliegen eines öffentlichen wie das eines Einzelinteresses zum Ausdruck gebracht, wenn man subjektives öffentliches Recht dahin definiert: Subjektives öffentliches Recht ist die vom öffentlichen Recht bestimmte Willensmacht. Allerdings muß, wenn und soweit es Willensmacht und nicht Willensbegrenzung ist, das Interesse des Willensträgers das der Gesamtheit überwiegen.

Einzel- und Gemeininteresse sind nur begriffliche Gegensätze, tatsächlich brauchen sie es nicht zu sein. So gehen sie Hand in Hand bei den subjektiven öffentlichen Rechten, aber auch, was nicht bei dem ersten Blick ersichtlich, bei den subjektiven Privatrechten. Denn auch das Privatrecht ist ohne Interesse der Gemeinschaft undenkbar, insofern es für diese selbst von Bedeutung ist, daß sich der Austausch von Mein und Dein in geordneten Bahnen bewege. Aus diesen Gründen, wie schließlich deshalb, weil das Interesse als subjektiver Wertmesser keinen zuverlässigen Maßstab abgibt, ist es auch nicht ausreichend, in der Verschiedenheit der Interessen das allein entscheidende Kriterium zwischen öffentlichem und Privatrecht zu suchen.[61]

Die Entwicklung des Begriffsumfanges des subjektiven öffentlichen Rechts soll, um Wiederholungen zu vermeiden, mit der Darstellung des Zusammenhanges der öffentlichen Rechte mit der öffentlichen Rechtspflicht verbunden werden.

§ 14.

3. Die Abgrenzung des subjektiven öffentlichen Rechts gegen das Reflexrecht.

Subjektives Recht und Reflexrecht sind keine Gegensätze, denn jedes subjektive Recht ist Ausfluß objektiven Rechts. Wenn man aber trotzdem

[61] A. M. Merkel § 27; Dernburg Bd. 1 S. 54; Savigny S. 23; Pfaff u. Hofmann S. 119; unklar Sarwey S. 44 u. 61; widerspruchsvoll auch Wach S. 94.

von Reflexwirkung spricht, so meint man damit einen Zustand, der einen nackten Widerschein objektiven Rechts zeigt, einen Zustand also, wo der Pflicht des einen keine Befugnis des anderen entspricht. Somit ist die Definition, welche Ihering[62] für das Reflexrecht gibt, für diese Abhandlung nicht verwendbar. Denn das eine Kriterium, welches er hierfür aufstellt, daß es über den regelmäßigen Kreis hinaus, auf unbeteiligte Dritte wirkt, kann für das staatliche Leben nicht in Betracht kommen, da hier nur zwei Teile einander gegenüberstehen. Und das zweite Merkmal, daß Reflexrecht einen ohne eigene Willensentschließung herbeigeführten Erfolg darstelle, besagt zu wenig, da auch ein (z. B. auf Grund des § 328 BGB. aus einem Vertrage zugunsten Dritter gewonnenes) subjektives Recht einen solchen Erfolg bedeutet.

Mit dem Begriff der Reflexwirkung arbeiten Laband,[63] Gerber,[64] Bruck,[65] wenn sie die Grundrechte als Reflex auffassen, ohne aber den Begriff gegen das subjektive Recht abzugrenzen.

Eine Scheidung hat Jellinek[66] versucht, aber, wie ich glaube, ohne befriedigenden Erfolg.

Nach Jellinek (S. 69) kann das Resultat der Aktion oder Nichtaktion (der staatlichen Organe) bestimmten Individuen zugute kommen, ohne daß die Rechtsordnung beabsichtigte, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern. In diesem Falle nimmt Jellinek ein Reflexrecht an, während er dann, wenn die Rechtsordnung eine derartige Absicht hegt, die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte zugeben würde. Doch wäre dies eher die Voraussetzung von Vorrechten, nicht die bloßer subjektiver Rechte.

Wenn Jellinek (S. 67) das äußere Kennzeichen subjektiver öffentlicher Rechte in individualisierenden Bedingungen sucht, so führt dies zu mancherlei unbefriedigenden Ergebnissen. Zunächst hat es zur Folge, daß die staatliche Regelung des Schulwesens einen ganz anderen Charakter gewinnt, je nachdem ob sie die höheren oder die Volksschulen betrifft. Denn da nur im ersteren Falle individualisierende Bestimmungen die Zulassung zu der Bildungsanstalt regeln, so will Jellinek[67] nur hier einen öffentlichrechtlichen Anspruch zugeben, wodurch doch das offenbar einheitliche Bild der staatlichen Tätigkeit hinsichtlich dieses Punktes geradezu zerrissen wird. Und eine demonstratio ad hominem sei, wenn sie auch nicht beweiskräftig ist, gestattet. Bezüglich der Auswärtigen gelten für den Besuch der Volksschulen besondere Bestimmungen, wie z. B. § 6 des Volksschulgesetzes v. 28. 8. 1906, GBl. S. 337. Da sich bei ihnen der

---

62 Ihering im Jahrb. Bd. 10 S. 245.
63 Laband Bd. 1 S. 13.
64 Gerber, Öffentliche Rechte S. 79.
65 Bruck S. 63/64.
66 Jellinek, System S. 67 ff.
67 Jellinek, System S. 75/76.

Anspruch durch individualisierende Normen konkreter gestaltet, so würde für die Auswärtigen ein subjektives öffentliches Recht begründet werden, während die Einheimischen lediglich den Reflex staatlicher Tätigkeit empfangen würden. Dies wäre immerhin ein eigentümliches Ergebnis.

Wenn ferner z. B. in den Fällen, in denen ein Kontrahierungszwang besteht, nur eine Pflicht zum Vertragsabschluß anerkannt wird, eine entsprechende Berechtigung aber geleugnet wird,[68] so erscheint eine solche Auffassung nicht haltbar. Denn diese öffentliche Rechtspflicht besteht nicht jedem gegenüber schlechthin, sondern nur gegenüber demjenigen, welcher kontrahieren will und seinen Willen in einer gesetzlich normierten Weise äußert. Es ist also dem Willen des betreffenden Individuums die Fähigkeit beigelegt, eine Pflicht des anderen zu begründen, d. h. er hat ein subjektives Recht. Anders verhält es sich mit der Anzeige strafbarer Handlungen, im Falle des § 158 StPO. Hier erscheint die Existenz eines subjektiven Rechtes schon deshalb zweifelhaft, weil die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Verfolgung des Verbrechens mehr durch die eigene Kenntnisnahme als durch die Anzeige des anderen begründet wird, was sich dann deutlich zeigt, wenn die Staatsanwaltschaft aus eigener Wissenschaft eine Verfolgung einleitet. Unter allen Umständen wäre es aber nicht eine mit Rücksicht auf das Interesse des Anzeigenden, sondern auf das der Allgemeinheit anerkannte Willensmacht. Aber auch hier ist der Reflexzustand mitunter zu einem subjektiven Recht, sogar einem mit Rechtsschutz ausgestatteten Recht gesteigert (vgl. § 170 StPO.). Wenn nämlich derjenige Verletzte, welcher den Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage gestellt hat, von der Staatsanwaltschaft abgewiesen wird, so stehen ihm gegen den ablehnenden Bescheid Rechtsmittel zu.

Um den Kern der Frage zu berühren, so ist nicht einzusehen, warum bei dem subjektiven Recht eine stärkere Individualisierung notwendig sein sollte als bei der Rechtspflicht. Beide wenden sich in gleicher Weise an den menschlichen Willen. Die allgemeine Wehrpflicht, zum mindesten die allgemeine Gehorsamspflicht wird kaum geleugnet werden.[69] Richten sie sich auch gegen die Gesamtheit, so sind sie doch undenkbar ohne einen Einzelwillen, der ihnen unterworfen ist.

Wenn man einwenden wollte, daß der Begriff der Pflicht nicht die gleiche Individualisierung verlange wie der des Rechts, weil eine Pflichterfüllung (z. B. die der Steuerzahlung) auch durch einen anderen erfolgen könne, so hält dieser Einwand dem Hinweis auf die Militärpflicht oder der (auch von Jellinek S. 197/98 anerkannten) Gehorsamspflicht gegenüber, wo es keine Stellvertretung gibt, nicht stand. Recht und Pflicht individualisieren sich eben in der Person, auf die sie sich beziehen.

---

[68] Jellinek, System S. 74.

[69] Jellinek, System S. 197; a. M. O. Mayer Bd. 1 S. 106; Schulze, Deutsches Strafrecht Bd. 1 S. 354, 356; Gerber, Grundzüge S. 46; Rönne-Zorn Bd. 2 S. 79.

Alle staatliche Gesetzgebung ist Selbstverpflichtung, und zwar eine solche zugunsten der Staatsangehörigen.[70]

Nur braucht diese Selbstverpflichtung nicht so weit zu gehen, daß dem Untertanen Rechte erwachsen, sie kann es aber. Im ersten Falle wird eine rein objektive Möglichkeit geschaffen, im zweiten eine subjektive Fähigkeit. Wenn die Staatsanwaltschaft auf die Tötung eines Menschen durch Erhebung der öffentlichen Klage gegen den Mörder reagiert, so tut sie ihre Schuldigkeit,[71] aber nicht die Sippe des Ermordeten oder sonst jemand erhält ein Recht auf die Pflichterfüllung des Staatsanwalts. Dasselbe gilt bei Polizeiverordnungen, ja es gilt zunächst für die gesamte staatliche Gesetzgebung. Insofern diese eine Regelung des Gemeinwesens bezweckt, die Ordnung aber jedem einzelnen zugute kommt, empfängt er den Reflex derselben. Wenn der Beamte B mit C in ein öffentliches Rechtsverhältnis tritt, so hat der unbeteiligte A keinerlei Anspruch darauf, daß B dem C gegenüber seine Pflicht erfülle; wohl aber kommt auch ihm die Pflichterfüllung des B zustatten, da jede Störung des staatlichen Organismus mehr oder minder ihre Schatten auf die Verhältnisse des einzelnen wirft. Natürlich begründet ein großer Teil der Gesetze subjektive öffentliche Rechte, und dies wird dann anzunehmen sein, wenn dem Willen des einzelnen der entscheidende Einfluß beigelegt wird, denn dann findet seine Fähigkeit, seinen Willen auf einen bestimmten Gegenstand zu lenken, rechtliche Beachtung, d. h. er hat ein subjektives Recht. Der Staat baut Eisenbahnen, zwingt aber niemand sie zu benutzen; er errichtet Museen im Interesse seiner Angehörigen, wünscht die Ingebrauchnahme der Bildungsmittel von ihrer Seite, aber überläßt es grundsätzlich ihrer freien Willensentschließung, ob und inwieweit sie diese aufsuchen wollen.[72] Wenn der Staat bei Errichtung öffentlicher Bauten auf die äußere Form Wert legt, so tut er es, um den ästhetischen Sinn seiner Angehörigen heranzubilden. Sie empfangen eine Reflexwirkung, aber nicht ein subjektives Recht, da hier keinerlei objektives Recht regelnd eingreift. Wo aber durch objektive Normen nicht nur eine Benutzungsmöglichkeit geschaffen, sondern dem einzelnen eine Benutzungsfähigkeit zuerkannt wird und die Ingebrauchnahme seinem freien Willen überlassen bleibt, da hindert m. E. nichts, von einem subjektiven öffentlichen Rechte zu sprechen. Wenn in diesen Fällen keine andere Möglichkeit besteht, dem Individuum die Vorteile des staatlichen Lebens zukommen zu lassen, als indem man seinem Willen Einfluß verschafft, so hat dies seinen Grund darin, daß die Menschen eben eine Gemeinschaft wollender Wesen sind. Nicht nur liegt jedem subjektiven Recht eine Willensmacht zugrunde, sondern jede solche Willensmacht, welche rechtliche Beachtung findet, ist ein subjektives Recht.

---

[70] Stengel, Wörterb. Bd. 2 S. 197; Jellinek, System S. 195; a. M. Tetzner S. 163.

[71] Jellinek, Staatslehre S. 580.

[72] Ulbrich, VerwR. S. 215.

Fraglich könnte demnach nicht mehr sein, ob man es in den genannten Beispielen mit subjektiven Rechten, sondern höchstens, ob man es mit subjektiven öffentlichen Rechten zu tun hat. Denn juristisch betrachtet, erscheint es zunächst nicht als ein Unterschied, ob man eine Eisenbahn benutzt, welche dem Staate, oder eine solche, welche Privaten gehört. Und doch ist sicher, daß die Tatsache, daß hinter der betreffenden Einrichtung eine öffentliche juristische Person steht, auf das ganze Bild dieser Anstalt abfärbt. Um nur daran zu erinnern, daß eine öffentliche juristische Person bei ordnungswidrigem Benehmen eine Strafgewalt aus eigenem Recht hat, oder daß die Beleidigung einer ihrer Angestellten eine Beamtenbeleidigung im Sinne des § 196 StGB. darstellt.[73]

§ 15.

IV. Die öffentliche Rechtspflicht.

Die öffentliche Rechtspflicht ist diejenige Willensbeschränkung, welche vom öffentlichen Recht bestimmt wird.

Die öffentliche Rechtspflicht ist Rechtspflicht, also (primär) Willensbegrenzung. Als solche verlangt sie nicht das Vorliegen eines Interesses an der Willensbetätigung auf seiten des Willensträgers. Aber auch an ihrer Erfüllung muß ein Interesse vorhanden sein, und zwar wird ihre Übung von der Gesamtheit verlangt. Öffentliche Rechtspflicht ist die vom öffentlichen Recht bestimmte, d. h. im öffentlichen Interesse rechtlich geregelte Willensbeschränkung.

Verlangt somit der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes die Existenz eines Gemein- und eines Individualinteresses, so fordert die öffentliche Rechtspflicht begrifflich nur das Vorliegen eines öffentlichen Interesses, verbietet allerdings begrifflich nicht das eines Einzelinteresses. Es ist sehr wohl möglich, daß derjenige Willensakt, welcher dem Handelnden zur Pflicht gemacht wird, auch in seinem Interesse liegt, von ihm selbst gewollt wird.

D. Der Zusammenhang von öffentlicher Berechtigung und Verpflichtung.

§ 16.

I. Im allgemeinen.

Nachdem nunmehr die Begriffe von öffentlicher Berechtigung und öffentlicher Pflicht hinreichend geklärt erscheinen, soll die Frage geprüft werden, ob immer in der Betätigung eines subjektiven öffentlichen Rechtes die Erfüllung einer öffentlichen Rechtspflicht liegt.

---

[73] vgl. auch Entsch. d. RG. in Straff. Bd. 23 S. 204.

An der Ausübung eines öffentlichen Rechtes ist auch die Allgemeinheit, nicht nur der Willensträger interessiert. Es liegt deshalb, da ja die Betätigung eines öffentlichen Rechtes auch von einem andern als dem Willensträger, nämlich von einer öffentlichen juristischen Person gewünscht wird, nahe zu sagen, daß dem subjektiven öffentlichen Recht immer auch eine (allerdings mitunter nicht erzwingbare) Rechtspflicht des Berechtigten entspricht. Und doch ist dem nicht so.

Auch subjektive öffentliche Rechte können reine Rechte sein, Rechte ohne jede Beimengung eines Pflichtmomentes. Und zwar sind sie es immer dann, wenn das öffentliche Interesse nur so weit geht wie das Individualinteresse, wenn es sich mit ihm deckt. So liegen die Verhältnisse z. B. beim Anspruch auf Rechtsschutz, auf die Tätigkeit der staatlichen Gerichte. Der Staat hat ein Interesse daran, daß derjenige, welcher in seiner Rechtssphäre verletzt wird, Befriedigung erhält, allerdings nur so lange und so weit, als das Individuum Befriedigung verlangt.[74] Dies zeigt deutlich der Grundsatz: ne eat judex ultra petita partium (§ 308 ZPO.). Trotzdem also die Rechtsordnung durch jede widerrechtliche Schädigung einer fremden Sache gestört wird, ist dem Staat an der Ausgleichung dieser Störung zunächst nichts gelegen, sondern nur dann, wenn dem Geschädigten an der Beseitigung derselben etwas gelegen ist und soweit ihm etwas daran gelegen ist: das staatliche Interesse fällt mit dem des einzelnen zusammen, der Rechtsschutzanspruch ist ein unverfälschtes, von jeder Beimengung eines Pflichtmomentes freies Recht.

Man kann also wohl gemeinhin sagen, daß den subjektiven öffentlichen Rechten dann eine Rechtspflicht des Berechtigten entsprechen wird, wenn das öffentliche Interesse von dem Einzelinteresse abweicht, über es hinausgeht. Wann dies im einzelnen der Fall ist, soll das Folgende prüfen. Es soll hierbei zuerst die Rechtsstellung des einzelnen, dann die des Staates untersucht werden.

II. Im besonderen.

1. Die Rechtsstellung der Staatsangehörigen.

§ 17.

a) Vorbemerkungen.

Die öffentlichen Rechte des einzelnen beruhen auf der Staatsangehörigkeit. Damit steht nicht in Widerspruch, daß auch dem Ausländer gewisse Rechte zugesprochen sind. Man denke an § 114 Abs. 2 ZPO. wegen des Armenrechtes bei der Prozeßführung, was die Bezeichnung von cives temporarii im Gegensatz zu den früheren subditi temporarii rechtfertigt.[75]

---

[74] Dieses gilt nur für die Zivil-, nicht für die Strafgerichtsbarkeit des Staates.

[75] Jellinek, Staatslehre S. 369.

[illegible] drückt [illegible] Bezeichnung [illegible] gemacht, was [illegible].[1] Im letzteren [illegible] der Begriff [illegible] Persönlichkeit des [illegible]

[illegible] denn nur das Recht eines Ge-[illegible].[2] Dem Staate gibt es [illegible] den Begriff [illegible] Der nicht [illegible] Person, [illegible][3]

[illegible] ist die rechtliche [illegible] aus der Tatsache der Zugehörigkeit zum Gemeinwesen ergeben.

§ 18.

b) Die Persönlichkeitsrechte.

a) Der Begriff.

[illegible] in der Regierung, die dem Privatrecht verschafft ist. Daher kommt es, [illegible] Zustimmung des [illegible] 1874, (G.Bl. S. 36), wird [illegible] Handlung. Der Staat zieht der [illegible]

[1] [illegible]
[2] [illegible]
[3] [illegible]

Dürfen vor. Öffentliches Können ist die Fähigkeit, Handlungen mit rechtlicher Wirkung unmittelbar gegenüber dem Staate vorzunehmen. Eine derartige Handlung ist z. B. die Klageerhebung des § 253 ZPO. Diese ist nur möglich durch Anrufen eines staatlichen Organes und begründet ein spezialisiertes öffentliches Lebensverhältnis. Sie hat gewisse öffentlichrechtliche Wirkungen im Gefolge, wie die perpetuatio fori (§ 263 ZPO.).

Entsprechend der positiven hat das Persönlichkeitsrecht auch eine negative Bedeutung. Während aber die privatrechtlichen Individualrechte, solange sie unverletzt bleiben, nichts weiter als subjektive Rechte sind, verdichten sich die öffentlichrechtlichen durchweg zu Ansprüchen, da dem Individuum nur eine Person, der Staat, gegenübersteht. Der einzelne hat diesem gegenüber den Anspruch „auf Unterlassung gesetzwidrigen Zwanges“.[79] Wie aber das Eigentum als das vollkommenste, privatrechtliche dingliche Recht eine Summe von Befugnissen einschließt, so ist auch dieser Anspruch Inbegriff und Quelle einer Anzahl von Einzelrechten gegen den Staat. Daß sie mehr sind als ein bloßer Reflex von Verbotsgesetzen, ergibt sich daraus, daß ihnen eine von der Rechtsordnung im Interesse des Willensträgers anerkannte Willensmacht zugrunde liegt.[80] Diese negativen Individualitätsrechte fallen aber weder zusammen mit den Grundrechten der naturrechtlichen Schule noch mit den in Verfassungsurkunden aufgezählten Rechten. Einer derartigen Aufzählung kommt häufig ein mehr philosophischer als juristischer Wert[81] zu, wie auch derjenigen in der preuß. Verfassungsurkunde. Hier ist dieselbe teils unvollständig, indem z. B. die Ausübung des Rechts auf Versammlungsfreiheit (Art. 29) zu ihrer Regelung erst eines besonderen Gesetzes bedarf (Art. 30), teils ist sie unrichtig, indem ein subjektives Recht überhaupt nicht begründet wird (vgl. Art. 26, 17, 19, 4 Satz 3).

β) Der Zusammenhang der öffentlichen Persönlichkeitsrechte mit der öffentlichen Rechtspflicht.

Grundsätzlich ist man nicht verpflichtet sie auszuüben. Denn das Wesen der Persönlichkeit besteht darin, daß der freien Kraftentfaltung möglichst keine Grenze gezogen, also auch die Betätigung nicht anbefohlen wird. Insbesondere kann bei den Persönlichkeitsrechten negativen Inhalts (wie Presse-, Versammlungsfreiheit) eine Ausübungspflicht nicht bestehen, da ja ihr Wesen gerade in der Freiheit vom staatlichen Zwange liegt. Bei den übrigen bietet dem Staate grundsätzlich der Selbsterhaltungstrieb des Menschen genügend Garantie dafür, daß das Individuum seine Fähigkeiten entsprechend entwickeln wird. Doch kann der Staat auch einen anderen Standpunkt einnehmen, wenn dieser Gesichtspunkt nicht ausreicht, wenn allgemeine Interessen eine veränderte Stellungnahme erheischen. Häufig ist dann die Folge gegeben, daß das Pflichtmoment eine derartig

[79] Anschütz S. 535.
[80] So Merkel § 435.
[81] Lebon S. 27—29.

vorherrschende Position gewinnt, daß man sich des mit ihm verbundenen Rechtes nicht bewußt wird.

So erscheint im Vordergrunde die Pflicht eines Kaufmanns zur Annahme einer Firma verbunden mit der zur Anmeldung derselben bei dem Registergericht (§ 29 HGB.).[82] Und doch hat der Kaufmann nicht nur ein Interesse an der Führung seiner Firma, er hat sogar ein klagbares Recht darauf (§ 37 Abs. 2 HGB.). Desgleichen muß man ihm auch ein Recht auf Anmeldung seines kaufmännischen Namens zuerkennen; denn nur dadurch kommen ihm die Vorteile einer Eintragung in das Handelsregister zugute. Wenn sich der Staat hier mit der Begründung eines Rechts nicht begnügt, sondern eine Rechtspflicht begründet hat, so findet dies darin seinen Grund, daß es für die Gesamtheit von erhöhter Wichtigkeit ist, ob sich die Grundlagen eines geordneten Handelsverkehrs in gesichertem Zustande befinden.

Man hat es auch in vorliegendem Falle trotz der Regelung desselben durch das Handelsgesetzbuch mit einer öffentlichen Rechtspflicht zu tun. Denn wem gegenüber sollte die Verpflichtung bestehen, wenn nicht dem Staat gegenüber?

§ 19.

c) Insbesondere die Gestaltungsrechte.

α) Der Begriff.

Auch sie spielen im öffentlichen Recht eine Rolle. Wie im Privatrecht die Ausübung eines positiven Persönlichkeitsrechtes (z. B. des Antragrechts) die Begründung eines Rechtsverhältnisses bewirken kann, so auch im öffentlichen Recht.[83] Die Erhebung der Klage bringt den Kläger in eine Relation ganz bestimmter Art zum Staate. Daß diese als solche mit dem allgemein spezifisch öffentlichen Lebensverhältnisse des einzelnen zum Gemeinwesen nichts zu tun hat, ist augenscheinlich, nur kann das zweite Moment eine Modifikation des ersten herbeiführen (§ 114 ZPO.). Die Gestaltungsrechte haben gleichfalls die Eigentümlichkeit, auf die Entwicklung des Rechtsverhältnisses hinzuarbeiten. Es gehören hierher Prozeßhandlungen wie die Stellung von Beweisanträgen, Einlegung von Rechtsmitteln, Beendigung des Prozesses durch Vergleich, Verzicht. Sie teilen mit den Gestaltungsrechten im allgemeinen die Eigenschaft, daß sie ein künstliches Produkt sind, indem man nicht gemeinhin kraft seiner Persönlichkeit Revision einlegen kann, sondern nur derjenige, der in eine gewisse Beziehung zum Staat getreten ist.

β) Der Zusammenhang zwischen Recht und Rechtspflicht.

Den Gestaltungsrechten als Unterart der Persönlichkeitsrechte entspricht regelmäßig nicht eine Ausübungspflicht. Diese Rechte sind so sehr auf das Interesse des einzelnen abgestellt, daß ihre Ausübung grundsätzlich seinem

---

[82] Cosack, HR. S. 62.
[83] Seckel S. 211.

Willen überlassen bleibt. Zweifelhaft kann man sein hinsichtlich der Bedeutung der Präklusivfristen. Denn wenn hier auch weniger der Gesichtspunkt maßgebend ist, das passive Verhalten zu bestrafen, als der, aus Rücksichten der Wirtschaftsordnung gesicherte Zustände zu schaffen, so ist damit doch immerhin eine Willensbegrenzung geschaffen. Das nutzlose Verstreichenlassen der Berufungspflicht führt dazu, daß nunmehr die Einlegung des Rechtsmittels nicht mehr gekonnt wird. Auch hier hängt die Möglichkeit der Präklusion damit zusammen, daß weder das Vorhandensein noch das Fehlen des Gestaltungsrechtes die Persönlichkeit des Betreffenden tangiert. Aber auch neben den Gestaltungsrechten findet sich mitunter eine Rechtspflicht. Im Zivilprozesse sind die Parteien berechtigt, zum Termin zu erscheinen und zu verhandeln, gleichzeitig aber auch dazu verpflichtet, da sie sich im Falle der Versäumnis der Gefahr der Verurteilung aussetzen. Ähnlich liegt die Sache mit der Stellung des Angeklagten im Strafprozesse. Durch die Eröffnung des Hauptverfahrens tritt der Angeschuldigte in ein ganz bestimmtes Rechtsverhältnis zum Staate. Die Rechte, die er jetzt ausübt, sind also Gestaltungsrechte. Ein solches ist auch das, in der Verhandlung von den urteilenden Richtern gehört zu werden, welches Recht dasjenige, zur Sitzung zu erscheinen, einschließt (§ 229, insbesondere § 234 Abs. 1 StPO.). Neben diesem Recht besteht für ihn aber nicht nur eine Erscheinungspflicht, sondern sogar eine erzwingbare Erscheinungspflicht (§ 235 StPO.). Im Interesse der Ermöglichung der Strafrechtspflege sieht der Staat darauf, daß sich der Angeklagte seinem Richter nicht entziehe, und im Interesse der Gesundheit derselben sowie mit Rücksicht auf den Beschuldigten, daß dieser Gelegenheit zur Rechtfertigung hat.

§ 20.

d) Die Ansprüche.

α) Der Begriff.

Die Tatsache, daß der einzelne im öffentlichen Recht sich nur einer Person, dem Gemeinwesen, gegenüber befindet, hat zur Folge, daß der Zusammenhang der einzelnen Arten der subjektiven Rechte viel inniger ist als im Privatrecht. Stellt das Recht Klage zu erheben, also aktiv an einem Prozeß beteiligt zu sein, ein Individualitätsrecht vor, indem z. B. die unvollkommene Prozeßfähigkeit der nichteingetragenen Vereine eine Minderung ihrer rechtlichen Persönlichkeit bedeutet, so ist dieses Recht wertlos, wenn es nicht mit dem Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Staat verbunden ist. Analoges gilt von der Geltendmachung eines Gestaltungsrechtes, z. B. der Einlegung der Berufung. Mitunter wird sich deshalb die Grenze verwischen.[84] Festzuhalten ist dann, daß das Wesen des positiven Individualitätsrechts in einem Verhalten des Berechtigten, das des Anspruchs, soweit dieser nicht in einem Persönlichkeitsrecht seinen

[84] vgl. Jellinek, System S. 127.

Grund hat, in einem Tun des Verpflichteten besteht. Der vorzüglichste öffentliche Anspruch ist der Rechtsschutzanspruch. Der Ausdruck „Rechtsschutzanspruch“ ist zu eng gefaßt, denn der einzelne hat ein Recht, nicht nur die tatsächliche Möglichkeit, eine Tätigkeit der staatlichen Gerichte zu veranlassen, auch wenn seinem prozessualen Begehren kein materielles Recht zugrunde liegt. Denn auch in diesem Falle könnte der Kläger, wenn z. B. ein deutscher Bundesstaat den Rechtsschutz verweigern sollte, den Schutz des Art. 77 RV. anrufen. Daß eine schikanöse Ausübung des Rechts möglich ist, spricht nicht gegen dessen Existenz. Wenn der Staat eine böswillige Ausnutzung eines subjektiven Rechts im Privatrecht dadurch paralysiert, daß er sie für unzulässig erklärt (§ 226 BGB.), so erreicht er im Prozeßrecht den gleichen Erfolg durch Zuerkennung der Prozeßkosten an den Kläger. Da sich jeder Anspruch nicht nur gegen eine bestimmte Person — und zwar gegen den Staat, nicht gegen den betreffenden Richter[85] —, sondern auch auf eine bestimmte Leistung richten muß, so stellt der Rechtsschutzanspruch nicht ein einzelnes Recht dar, sondern er ist der Inbegriff aller derjenigen Ansprüche, welche sich auf die Tätigkeit des erkennenden oder des vollstreckenden Gerichtes beziehen,[86] also Anspruch auf Beweiserhebung, auf Fällung, Verkündung des Urteils, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel usw. Analoges gilt von dem Rechtsschutz, der dem einzelnen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit verliehen wird.

Daß das Recht, die öffentlichen Schulen, Museen und sonstigen Einrichtungen zu benutzen,[87] ein wahres subjektives Recht, nicht nur Reflexwirkung ist, wurde bereits oben gesagt. Man muß hier aber zwei verschiedene Befugnisse auseinanderhalten. Zunächst besteht für jeden nur das Recht auf Vornahme des Vertragsabschlusses,[88] und erst wenn der Staat durch seine Beamten dieser Verpflichtung nachgekommen ist, erwächst der Einzelperson die neue Berechtigung aus dem Vertragsschluß, die betreffende Anstalt zu benutzen. Diese beiden Rechte sind durchaus heterogener Natur. Denn hat man z. B. in dem Augenblicke, wo man ein Eisenbahnbillett verlangt, die Möglichkeit, eine Verpflichtung des Staates zu erzeugen, die wohl ihrer Art, nicht aber ihren näheren Eigenschaften nach bestimmt ist — man denke an die verschiedenen Zeitpunkte, Fahrstrecken, Wagenklassen —, so gewinnt diese Verpflichtung konkrete Gestalt mit dem Zeitpunkt, wo der Vertrag geschlossen ist. Wie diese Rechte verschieden sind, so liegen ihren Ausübungen häufig ungleichartige Voraussetzungen zugrunde, so daß z. B. für den Abschluß des Vertrages ein anderer Zeit-

---

[85] O. Mayer S. 112/13; vgl. Jellinek, System S. 127.
[86] A. M. offenbar O. Fischer S. 73.
[87] Ulbrich, VerwR. S. 215; Stengel Bd. 2 S. 188; Anschütz S. 532; Merkel § 437.
[88] Natürlich nur soweit überhaupt ein Vertrag geschlossen wird, was z. B. bei dem Besuch eines Museums nicht vorzuliegen braucht, da man vielleicht von den Beamten gar nicht bemerkt wird.

punkt vorgesehen sein kann als für die Benutzung der Anstalt. Infolgedessen besteht nicht zu jeder Zeit für jedermann das Recht, alle staatlichen Einrichtungen in Gebrauch zu nehmen.

β) Der Zusammenhang zwischen Recht und Rechtspflicht.

Auch hier gilt der Grundsatz, daß den Rechten keine Pflichten der Bürger entsprechen. So kann man höhere Schulen besuchen, Bildungsmittel gebrauchen, wird aber dazu regelmäßig nicht angehalten. Doch wird dieses Prinzip mitunter durchbrochen.

Die Regelung des Volksschulwesens ist derartig, daß die Verpflichtung des einzelnen, seinen Kindern einen angemessenen Unterricht angedeihen zu lassen, von solch überwiegender Bedeutung ist, daß das gleichzeitig bestehende Recht dahinter verschwindet. Und doch hat ein jeder ein subjektives Recht nicht nur darauf, daß seinen Kindern der Unterricht unentgeltlich erteilt wird, sondern auch darauf, daß sie an demselben teilnehmen können, mag die Anstalt auch noch so überfüllt sein. Er ist daher nicht genötigt, sich irgendwelche Ausgaben zu machen, um seine Kinder nach einer anderen weniger besuchten Schule zu schicken. Oder bei dem Ausbruch von Epidemien statuiert der Staat häufig für die einzelnen ein subjektives Recht darauf, sich unentgeltlich impfen zu lassen. Hier liegt ein wahrhaftes subjektives Recht vor, da die Verpflichtung des Arztes nicht gemeinhin besteht, sondern nur demjenigen gegenüber, welcher sich impfen lassen will. Doch ist dieses Recht häufig zu einer öffentlichen Pflicht gesteigert, wie im Falle der Impfung der Kinder vor Vollendung des ersten Lebensjahres, von Schülern im Laufe des zwölften Lebensjahres (§ 1 d. Ges. v. 8. 4. 1874, GBl. S. 31).

e) Die politischen Rechte.

§ 21.

aa) Im allgemeinen.

I. Die politischen Rechte sind die Rechte auf Teilnahme an der Willensbildung des Staates. Der Staat ist zu kompliziert, als daß zu jeder Zeit oder auch nur häufig ausdrückliche Willenskundgebungen seinerseits stattfinden könnten, andererseits zu durchgreifend, als daß seine Willenstätigkeit auch nur einen Augenblick ruhen dürfte. Es tritt deshalb an Stelle staatlichen Willens Einzelwille. Hier gibt es jedoch eine Schwierigkeit. Wenn der bestimmten Erfordernissen entsprechende Einzelwille staatlicher Wille ist, wie kann es dann ein Recht auf Vornahme staatlichen Willensaktes geben? Denn dann hat ja der betreffende Individualwille nicht die Macht, staatlicher Wille zu werden, sondern die Eigenschaft es zu sein; Recht ist aber Willensmacht. Oder man müßte hier den Willen zum Zielpunkt seiner eigenen Willensfähigkeit machen.

Tatsächlich tritt jedoch die Willensbildung des Organs nur an die Stelle ausdrücklicher Willenskundgebung des Staates und neben die stillschweigende Willensäußerung desselben; der Einzelwille ist nicht,

sondern gilt nur als staatlicher. Daß Jellinek diese Fiktion ignoriert bezw. übersieht, stellt den m. E. unzutreffenden Ausgangspunkt seiner schwerfälligen und anfechtbaren Konstruktion der politischen Rechte dar.

Der Staat ist die Gesamtpersönlichkeit seiner Glieder, der Wille des Staates der Wille dieser Gemeinschaft, die Konvergenz der divergierenden Einzelwillen, mathematisch ausgedrückt: die Mittellinie sämtlicher denkbaren Willensparallelogramme. Nur ist der staatliche Wille nicht ohne weiteres dem der Majorität der Staatsangehörigen gleichzusetzen, indem z. B. eine geringe Anzahl von solchen, die streng organisiert, politisch geschult und gebildet, im Besitze finanzieller Mittel sind, einen bedeutenderen Einfluß haben kann, als eine große Menge derjenigen, welche alles dessen entraten. Nichtsdestoweniger ergibt sich der Wille des Staates als Kombination sämtlicher, nur nicht in gleicher Weise zu bewertender Einzelwillen. Der Staat bringt nun seinen Willen regelmäßig nicht ausdrücklich, sondern nur stillschweigend zum Ausdruck. Jeder einzelne hat Gelegenheit, seine abweichende Willensrichtung dadurch kundzugeben, daß er sich widersetzt, und die Gesamtheit, indem sie den betreffenden Willensakt als staatlichen desavouiert, was im Falle einer allgemeinen Revolution vorliegt. Solange dies nicht geschieht, ist eben der Wille der Gesamtheit in stillschweigender Äußerung auf Anerkennung des vom Organ vorgenommenen Willensaktes gerichtet. Es erscheint deshalb nicht zutreffend, daß auch die Vorstellung vom Staate schwinden soll, wenn man die Organe hinwegdenke.[88] Die Vorstellung vom Staate hat zunächst nichts mit der von Organen zu tun, und der Gedanke an staatlichen Willen verlangt fürs erste nicht nach Organen.

II. Indem der Staat gewisse Willensakte als staatliche erachtet, erfüllt er eine Rechtspflicht. Die rechtlichen Vorgänge in dieser Beziehung sind für alle juristischen Personen im wesentlichen die gleichen. Da es nicht möglich ist, daß jeder Einzelwille als solcher der Gesamtheit gelte, so fällt die dauernde Bildung derartigen Willens einem engeren Kreise von Personen zu. Und auch nicht jeder Willensakt dieser Individuen hat diese Bedeutung, sondern nur bestimmt qualifizierte. Die diesbezüglichen Normen sind von der Gesamtheit aufgestellt, und in ihrer Aufstellung liegt die Verpflichtung, die betreffenden Willensbildungen als von der juristischen Person ausgehend anzusehen. Wenn daher dem Vorstand eines rechtsfähigen Vereins vom Verein, vertreten in der Generalversammlung, der Vorwurf gemacht wird, seine Kompetenz überschritten zu haben, so wird er gegen den Verein klagen, anzuerkennen, daß er innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt habe, die juristische Person des Vereins also die Willensäußerung des Vorstandes als die ihrige erachten müsse. Es wäre aber ungereimt, den rechtlichen Inhalt des der Klage stattgebenden Urteils dahin zu fassen: der Verein müsse seinen eigenen Willen als seinen

[88] A. M. Jellinek S. 225.

eigenen Willen anerkennen, eine Konsequenz, zu der die Jellinek sche Auffassung führen würde.

Dies alles verträgt seine Anwendung auf das staatliche Leben, nur mit dem Unterschiede, daß auch die Normen für die staatliche Willensbildung regelmäßig nicht auf Grund einer ausdrücklichen Willenskundgebung des Staates, sondern einer solchen eines oder mehrerer Staatsorgane aufgestellt werden. Dies ändert jedoch nichts daran, daß die Existenz von Staatsorganen die Rechtspflicht der Gesamtheit in sich schließt, sich mit den ordnungsmäßig zustandegekommenen Willensbildungen der betreffenden Individuen zu identifizieren und dieser Anerkennung durch konkludente Handlungen wie Befolgung der behördlichen Anordnungen Ausdruck zu geben. Die betreffende Willenskundgebung des einzelnen ist also zunächst immer nur individueller Willensakt, dem allerdings die Fähigkeit innewohnt, die Bedeutung staatlichen Willens zu erlangen. Und nur weil im geordneten Staatswesen die Anerkennung regelmäßig nicht ausbleiben wird,[89] liegt es nahe, den Organwillen dem staatlichen geradezu gleichzusetzen.

Indem der Staat seiner Verpflichtung, sich mit dem Einzelwillen zu identifizieren, nachkommt, ist dem Individuum die Macht zugesprochen, die Willensbildung des Staates bis zu einem gewissen Grade zu dirigieren. Die Organschaft hat darnach ebenso den Inhalt, daß in dem Willen des Individuums derjenige der Gesamtheit zum Ausdruck kommt, wie den, daß man den Einzelwillen in dem staatlichen Willen zur Geltung bringt.[90] Diese Fassung trifft auch nicht so sehr der Vorwurf „der Beschränktheit juristischer Erkenntnis“,[91] da sie den tatsächlichen Einfluß der Persönlichkeit des betreffenden Organs auf das staatliche Leben ungleich deutlicher illustriert.

III. Besteht darnach die Organschaft, von der Seite des Staates aus betrachtet, in der Verpflichtung desselben, bestimmt geartete Willensbildungen, -äußerungen, -verwirklichungen als Bildungen, Kundgebungen, Realisierungen staatlichen Willens anzuerkennen, sie für die Seinigen zu erachten,[92] so kann erstens zweifelhaft sein, ob dem auf der anderen Seite ein Recht des Organs auf Vornahme des betreffenden Aktes gegenübersteht, oder ob dieses scheinbare Recht bloße Reflexwirkung ist, und zweitens ob immer ein Recht auf Bildung staatlichen Willens existiert. Bezüglich der letzteren Frage sei als Ergebnis vorweggenommen, daß die Organschaft

---

[89] Diese Anerkennung ist nicht etwa vorher erfolgt, wie mitunter behauptet wird, ebensowenig wie der Vollmachtgeber mit der Erteilung der Vollmacht die zukünftigen Handlungen seines Vertreters anerkennt. Hierin liegt nur die Verpflichtung, dessen Rechtsgeschäfte anzuerkennen, während die tatsächliche Anerkennung sich in einem entsprechenden Verhalten des Vollmachtgebers zeigt.

[90] Teilweise a. M. Tezner S. 152.

[91] Jellinek, System S. 149.

[92] Was natürlich weiterhin für die einzelnen die Pflicht begründet, diesen Akten zu gehorchen, sich nach ihnen zu richten.

auf Einräumung einer Rechts- oder einer Pflichtstellung oder beider Stellungen zugleich beruhen kann.

Was den ersten Punkt anbelangt, so verlangt der Nachweis, daß man es mit wahrhaft subjektiven Rechten zu tun hat, eine Prüfung der drei Begriffsmerkmale.

Ohne Zweifel sind die Organschaftsverhältnisse ein Ergebnis objektiven Rechts. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß sie lediglich Reflexwirkung wären, was zum Beispiel Laband hinsichtlich des Wahlrechtes annimmt.[93] Daß hier auch eine Willensmacht vorliegt, erscheint in gleicher Weise offensichtlich. Es wird dem einzelnen die Fähigkeit zuerkannt, Handlungen vorzunehmen, welche staatlichen Charakter erlangen. Was die Art des Interesses schließlich betrifft, so liegt es ja wohl im Gemeininteresse, daß staatliche Organe die staatlichen Geschäfte besorgen; aber dabei kann das betreffende Organ durchaus ein eigenes Interesse haben und hat es sich als Organ zu betätigen. Die Einrichtung des Königtums ist ausschließlich im Hinblick auf die Gesamtheit geschaffen; daneben ist aber ein Individualinteresse der betreffenden Einzelperson, welche die Herrschaftsstellung bekleidet, darauf, diese Stellung innezuhaben und ihre Funktionen auszuüben, unleugbar.

IV. Die Organschaft hat so einerseits einen viel tieferen Kern, als ihr Jellinek[94] zusprechen will. Sie enthält nicht nur das Recht auf Organstellung, sondern auch das auf Ausübung der bestimmten Funktionen. Anderseits haften den politischen Rechten einige Unvollkommenheiten an, was um so weniger übersehen werden darf, als diese Mängel mitunter als Beweis dafür angeführt werden, daß man es hier gar nicht mit wahrhaft subjektiven Rechten zu tun hat.[95]

So haben sie regelmäßig die Eigenschaft, den Wandlungen des Verfassungslebens zu folgen, eine Eigentümlichkeit, welche sie mit anderen unbezweifelten Rechten, wie solchen des Monarchen, die doch auch politische sind, teilen. Ferner sind die politischen Rechte unübertragbar. Sie gleichen hierin den ebenfalls nicht einmal der Ausübung nach übertragbaren und bezüglich ihrer Rechtsnatur doch unbestrittenen Rechten des Ehemannes am eingebrachten Gut seiner Ehefrau (§ 1408 BGB.), ganz zu schweigen von den dem reinen Familienrecht angehörenden Rechten der Eltern, der Kinder usw. — Nicht aber einmal eine Unvollkommenheit der politischen Rechte bedeutet es, wenn sie zu ihrer Ausübung keinen Anspruch auf Urlaub begründen. Denn ein solcher ist dort nur gegeben, wo eine Pflicht zur Vornahme einer Handlung besteht, wie Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins. Das Recht auf Benutzung einer staatlichen Anstalt würde ein Urlaubsgesuch ebensowenig rechtfertigen, wenn nicht diesem Recht gleichzeitig eine Pflicht entspricht.

---

[93] Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 307.
[94] Jellinek, System S. 143.
[95] Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 307.

V. Beruht so die Organschaft einmal auf einer Rechtsstellung gegenüber dem Staate, so ist die zweite Möglichkeit, daß sie der Ausfluß einer Pflichtposition ist. Auch dann wird dem Willen des Individuums die gleiche Macht beigelegt, nämlich Akte vorzunehmen, welche der Staat als die seinigen nicht desavouieren darf. Aber während es dort dem einzelnen freigestellt ist, seine Fähigkeit zu betätigen, diese in seinem Interesse anerkannt wird, ist er hier mit Rücksicht auf das Interesse der Allgemeinheit zur Ausführung der Willenshandlung verpflichtet: seine bestimmt qualifizierte Willensmacht ist eine Folge seiner Willensbegrenzung. Weil der Richter im Namen des Staates Recht sprechen soll, deshalb kann er es auch.

VI. Erscheint darnach in dem Falle, daß jemand eine Organstellung bekleidet, das Verhältnis des Einzel- zum Staatswillen offensichtlich, so bleibt zu untersuchen, ob nicht gewisse Relationen zwischen dem Organ- und dem Staatswillen bestehen. Das Individuum, welches die monarchische Gewalt inne hat, besitzt offenbar ein Interesse und ein subjektives Recht an seiner Position; fraglich aber ist, ob man mit eben solchem Grunde von Rechten des Monarchen schlechthin, des Richters schlechthin, des Abgeordneten oder allgemein der Organe, speziell der Behörden bezw. Beamten reden kann. Folgt man den gebräuchlichen Definitionen, wonach Amt der Inbegriff der rechtlichen Momente ist, welche die Organstellung in sich schließt, Beamter der Träger eines Amtes und Behörde die organisierte Mehrheit von Beamten, so ergibt sich die Unfruchtbarkeit einer derartigen Trennung zwischen Individuum und Organ.[96] Organ ist eben dasjenige Individuum, welches in einer bestimmten Relation zum Staate steht und in dieser Relation tätig ist; Richter diejenige Einzelperson, welche im gegebenen Falle nicht in ihrer Eigenschaft als Familienvater oder als Vormund oder als Volksvertreter wirkt, sondern unter denjenigen Voraussetzungen und in der Art und Weise, welche die richterliche Tätigkeit begründen bezw. ausmachen.

VII. Aus dem Gesagten erhellt, daß der Begriff der Organschaft keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, ob und wie die Frage nach der Korrelation von Recht und Pflicht zu beantworten wäre. Es werden deshalb einzelne Organstellungen zu prüfen sein.

bb) Im besonderen.

§ 22.

α) Die Rechtsstellung des Wählers.

Das Wahlrecht hat zunächst einen volleren Inhalt, als ihm Jellinek[97] zusprechen will. Denn wenn es nicht das Recht zu wählen sein soll, sondern nur das auf Anerkennung der Stellung als Wähler, das Recht

[96] A. M. Jellinek, System S. 226; wohl auch Anschütz, Lehrb. S. 33.
[97] Jellinek, System S. 160.

darauf, zur Wahlhandlung zugelassen, in den Formalitäten derselben nicht gestört zu werden, so fragt man sich vergebens, welches Interesse man daran hätte, sich an dem Wahlakt zu beteiligen, wenn dieser nicht eine bestimmte rechtliche Bedeutung hätte.

Wählen fällt gleich Ernennen unter den Oberbegriff der Bestellung eines Staatsorgans,[98] nur daß das Wählen als zweites Merkmal noch das der Vereinigung mehrerer Einzelwillen zu einem Gesamtwillen verlangt. Das Wahlrecht besteht also in der Fähigkeit, den eigenen Willen in die Wagschale zu werfen bei der Schöpfung eines Staatsorgans. Es ist ein Recht auf eine Organbildung und erscheint selbst als eine Organstellung.[99] Es unterscheidet sich also ganz erheblich von der Rechtsposition, die dem einzelnen lediglich als Glied eines Gesamtwesens zukommt. Diesem gehört man an, ohne daß diese Zugehörigkeit den Beschränkungen der Wahl- und Strafgesetze bezüglich des Geschlechts, des Alters usw. unterworfen wäre, und nimmt man infolgedessen an der jederzeit wirksamen, durch konkludente Handlungen zum Ausdruck kommenden (vgl. das § 21 Abs. 1 Gesagte) Willensrichtung der Allgemeinheit ohne jede Einschränkung teil. Anders ist es beim Wahlrecht. Auch im Akte der Wahl geht keine ausdrückliche Willensäußerung der Gesamtpersönlichkeit des Volkes vor sich. Vielmehr entspricht es dem Willen dieser Gesamtpersönlichkeit, daß periodisch ausdrückliche Willenskundgebungen von solchen, denen eine gewisse Reife und Würdigkeit zugetraut wird, stattfinden. Für den Augenblick der Wahl tritt der einzelne Wähler in eine Organstellung zum Staate und begründet für diesen die Verpflichtung, seine, des Wählers, Willensäußerung in einem gewissen Sinne — je nach dem Inhalt der Wahlgesetze — zu achten. Ist der Wahlakt ordnungsmäßig vollzogen, so identifiziert sich der Staat mit den Willenskundgebungen einer bestimmten Mehrheit von Menschen nach der Richtung, daß gewisse Personen als gewählt zu betrachten seien; und diese so Gewählten erhalten wiederum die Stellung von Staatsorganen.

Es fragt sich nun, in welcher Weise die Ausübung dieses so gearteten Wahlrechts geregelt ist.

Zieht man die Regelung desselben in außerdeutschen Staaten in Betracht, so sieht man, daß z. B. in Belgien seit dem Gesetz v. 7. 9. 1893 (Art. 48 verb. mit Art. 220—223 des Code Electoral v. 24. 6. 1894), ferner auch in St. Gallen, Schaffhausen eine Wahlpflicht geschaffen ist. In Belgien wird die Fernhaltung von der Wahl mit einer Geldstrafe, event. mit dem Verlust des Wahlrechts bestraft. Welche politischen Gründe für diese Bestimmungen maßgebend gewesen sind, kommt nicht weiter in Frage. Der rechtliche Gesichtspunkt ist der, daß der Staat dem einzelnen das Recht zu wählen in staatlichem, nicht im Individualinteresse verschafft, daß ihm daran gelegen ist, ein möglichst getreues Abbild der im

---

[98] Jellinek a. a. O.
[99] Jellinek a. a. O.

Volke herrschenden Willensrichtung zu erhalten. Wenn man diese Absicht des Staates durchkreuzen kann, indem man sich nur formell an dem Wahlakt beteiligt (z. B. einen unbeschriebenen Zettel in die Urne wirft),[100] so ist das eine rein politische Frage, die hier nicht weiter interessiert.

Die deutsche Gesetzgebung kennt irgendwelche Strafbestimmungen für die Nichtbeteiligung an der Wahl nicht. Dies würde aber erst die Annahme rechtfertigen, daß man es mit einer vielleicht unerzwingbaren Rechtspflicht zu tun habe, da ja an der Vornahme der Wahl sicherlich ein reges öffentliches Interesse vorhanden ist. Aber eine solche Auffassung dürfte nicht zutreffen.

Abgesehen davon, daß die §§ 7, 10 des Wahlgesetzes v. 30. 5. 1869 nur vom Wahl„recht" sprechen, deutet § 3 desselben Gesetzes wie auch § 36 Nr. 4 StGB. darauf hin, daß hier gewissen, bestimmt gearteten Personen Fähigkeiten zuerkannt werden, welche anderen, die dieser bestimmten Eigenschaften ermangeln, abgehen, so daß man also, wenn auch nicht die Existenz von Vorrechten — weil dies das Verhältnis von Regel und Ausnahme umkehren würde —, so doch die von Rechten annehmen darf. Und nichts weist darauf hin, daß der Staat die Betätigung dieses rechtlichen Vermögens fordert. Der Staat hält im vorliegenden Falle die Willensbildung lediglich derjenigen für wünschenswert, welche ihm selbst genügendes Interesse entgegenbringen und dies durch Beteiligung an der gewisse Opfer erheischenden Wahl beweisen. Da die politisch Indifferenten nicht zu den Besten des Volkes zu gehören pflegen, da jeder Druck auf Teilnahme an der Wahl die Stimmung möglicherweise in staatsfeindlichem Sinne beeinflußt, so hält es der Staat für das beste, dem freien Entschluß des einzelnen keine Schranken zu ziehen: Das öffentliche Interesse geht nur so weit wie das Individualinteresse.

§ 23.

β) Die Rechtsstellung des Volksvertreters.

Anders verhält es sich mit der Rechtsstellung des Gewählten, des Volksvertreters. Diesem steht im Gegensatz zu dem nur einen Augenblick anhaltenden Recht des Wählers ein dauerndes subjektives Recht zu, Willen zu erzeugen, dem sich zu assimilieren der Staat verpflichtet ist. Dieses Recht schließt andere Rechte ein, bezw. setzt sie zu seiner Ausübung voraus, so z. B. das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 30 RV.). Daß die Rechte des Volksvertreters wahre Rechte sind, bedarf keiner näheren Begründung; ist doch an ihrer Ausübung ein starkes Individualinteresse vorhanden. Aber hier entspricht dem Recht regelmäßig eine Rechtspflicht: die Vornahme der betreffenden Willenshandlung wird verlangt. Der Staat würde nicht die große Zahl von Privilegien für die Mitglieder

---

[100] Meyer-Jellinek S. 656.

der Volksvertretungen schaffen, wenn er nicht ein erhöhtes Interesse daran hätte, daß sich die Willensbildungen dieser Körperschaften ungestört und regelmäßig vollziehen könnten. Insbesondere deutet die freie Eisenbahnfahrt darauf hin, daß der Staat die Erfüllung einer Pflicht nicht noch mit finanziellen Opfern verbinden will; und auch das Recht auf Urlaub (Art. 21 RV.) zeigt nach dem oben Gesagten, daß man es hier mit einer Rechtspflicht zu tun hat. Die Rechtspflicht der Volksvertretung besteht darin, über die Vorlagen der Regierung zu beraten und zu beschließen. Dessen sind sich auch die einzelnen Volksvertretungen immer bewußt (vgl. Geschäftsordnung für den Reichstag §§ 17, 18; für das Haus der Abgeordneten § 15; für das Herrenhaus § 14). Häufig besteht für die Mitglieder der Volksvertretung sogar eine erzwingbare Rechtspflicht, an den Verhandlungen bezw. Abstimmungen im Parlament teilzunehmen, indem ein Fernbleiben davon vermögensrechtliche Nachteile zur Folge hat, so für die Mitglieder des Deutschen Reichstages seit dem Gesetz v. 21. 5. 1906.

§ 24.

γ) Die Rechtsstellung des Beamten.

„Öffentliches Amt ist der durch das öffentliche Recht bestimmte Inbegriff von Obliegenheiten.“[101] Beamter ist aber nicht jeder Träger eines Amtes, insofern der König, der Abgeordnete, der Wähler nicht Beamte im Rechtssinne sind, trotzdem in jedem von ihnen eine Summe von Obliegenheiten vereinigt ist. Beamte, und zwar öffentliche Beamte, sind vielmehr nur solche Personen, „welche zur Verwaltung öffentlicher Ämter unter Übernahme besonderer Treueverpflichtung in den Dienst einer öffentlichen juristischen Person getreten sind“.[102]

Die Rechte, die den Beamten auf Grund ihrer Anstellung zustehen, können dreierlei Natur sein: Amtsbefugnisse schlechthin, Ehrenrechte, Vermögensrechte.

1. Die ersteren sind diejenigen Rechte, welche die Ausflüsse des verwalteten Amtes bilden. Sie umfassen alle diejenigen Akte, zu deren Vornahme das Amt geschaffen, der Beamte bestellt ist. Die wahre Rechtsnatur dieser Befugnisse ergibt sich aus dem Interesse, welches man an ihrer Ausübung hat. Es ist das Interesse, das ein jeder daran hat, seine Anschauungen und seine Auffassungsweise nach Möglichkeit durchzusetzen, seine Persönlichkeit zur Geltung zu bringen. Aber diesen Rechten kommt grundsätzlich kein reiner Rechtscharakter zu, es ist ihnen ein Pflichtmoment beigemischt: ihre Ausübung wird regelmäßig verlangt. Immerhin ist die Beamtenstellung keine bloße Pflichtposition. So stellt z. B. das allgem. Landrecht (II, 11 §§ 417, 418) fest: „Bei seiner Amtsführung muß

---

[101] Harseim S. 38 (Stengels Wörterb. Bd. 1).
[102] Harseim S. 136 a. a. O.

der Pfarrer alle den Geistlichen überhaupt vorgeschriebenen Pflichten sorgfältig beobachten. Dagegen hat er das Recht, von den Eingepfarrten zu fordern, daß sie sich zu ihren Religionshandlungen ... nur seines Amtes bedienen sollen". Der Parochialzwang erscheint sonach ebenso als ein Recht wie als eine Pflicht des Pfarrers. Das gleiche gilt von einem jeden Amt. Ein jeder verwächst mit seinem Berufe mehr oder minder und ist bestrebt, seine Persönlichkeit, die jeder einzelne durchzusetzen sucht, dadurch zur Geltung zu bringen, daß er seine beruflichen, in unserem Falle amtlichen Funktionen ausübt. Aber das öffentliche Interesse geht über das Einzelinteresse hinaus, da ja das Individuum mitunter an der Vornahme des Willensaktes kein Interesse zu haben braucht. Insofern diese beiden Interessen nicht notwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Betätigung des Rechts auf Ausübung der amtlichen Funktionen gleichzeitig auch die Erfüllung einer Rechtspflicht.

Diese Rechtspflicht ist aber verschieden geregelt. Häufig ist sie genau umschrieben, so z. B. wenn ein Zeuge bei grundloser Verweigerung des Zeugnisses in die verursachten Kosten und zu einer Geldstrafe zu verurteilen ist (§ 69 StPO.), oder wenn nach § 307 ZPO. ein Anerkenntnisurteil zu ergehen hat, oder wenn eine Sache vom Berufungsgericht an das Gericht erster Instanz zu verweisen ist (§ 538 ZPO.). Es gibt aber auch andere Fälle. Bei grundloser Verweigerung der Aussage seitens des Zeugen kann zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft angeordnet werden (§ 69 Abs. 2 StPO.); die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem andern Gericht übertragen werden, wenn ... usw. (§ 375 ZPO.); das Berufungsgericht kann eine Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen, wenn das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet (§ 539 ZPO.). Daß man es in den erstgenannten Beispielen mit Rechtspflichten, und zwar mit genau umgrenzten Rechtspflichten zu tun hat, ist wohl zweifellos. Aber auch in den zuletzt genannten Fällen dürfte es kaum der Willkür des Gerichts überlassen sein, ob es von den dort genannten Befugnissen Gebrauch machen will oder nicht.

Unter allen Umständen ist es auch hier gehalten, zu den Vorgängen Stellung zu nehmen. Und auch wie es sich zu ihnen verhalten will, soll es offenbar nicht nach Belieben, sondern nach pflichtmäßigem Ermessen beurteilen. Das Recht, nach freiem Ermessen entscheiden zu können, ist ein wahres Recht, indem es dem Selbstgefühl und der Eigenliebe eines jeden schmeichelt, nicht an das Urteil des anderen gebunden zu sein, sondern seine Stimme mit ausschlaggebender Bedeutung in die Wagschale werfen, sowie auch das entgegengebrachte Vertrauen rechtfertigen zu können; ein Individualinteresse ist also vorhanden. Insofern aber nicht das Belieben der Maßstab sein soll, sondern das Interesse des Staates an der Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung, wird dem Gericht nicht nur die Stellungnahme an sich, sondern auch ihr Inhalt, ihr Charakter

vorgeschrieben. Diese Pflicht des Gerichts wird auch vom objektiven Recht ganz ausdrücklich konstatiert; nach § 286 ZPO. „hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen . . . nach freier Überzeugung zu entscheiden", im Gegensatz zu den Fällen der gesetzlichen Beweisregulierung (§ 463 ZPO.), wo die richterliche Überzeugung ausgeschaltet ist. Läßt sich hier eine Rechtspflicht kaum leugnen, so liegt der Analogieschluß nahe, diese Rechtspflicht auf alle diejenigen Fälle auszudehnen, wo freies Ermessen der Gerichte nicht nur, sondern auch der übrigen Behörden entscheidet.

2. Was die Ehrenrechte betrifft, so finden diese sich ja nur bei den höheren Beamten. Soweit sie diesen zukommen, gilt von ihnen im wesentlichen das gleiche wie von den Ehrenrechten des Monarchen. Ich darf deshalb wohl, weil die Ehrenrechte in der Rechtsstellung des Monarchen besonders stark in die Erscheinung treten, auf die Darstellung im nächsten Paragraphen verweisen.

3. Die Vermögensrechte der Beamten. Die Ansprüche der Beamten auf ihr Gehalt sind wahre subjektive Rechte, nicht etwa bloße Reflexzustände. Dies dürfte zweifellos sein. Nicht so unbestritten ist ihre öffentlichrechtliche Natur.[103] Es wird mitunter behauptet, daß dem Anspruch des Beamten auf sein Gehalt ein privatrechtlicher Charakter zukäme. Der zur Unterstützung dieser Ansicht vorgebrachte Hinweis[104] darauf, daß zur Realisierung solcher Gehaltsansprüche häufig der bürgerliche Rechtsweg anerkannt sei (vgl. preuß. Gesetz v. 24. 5. 1861), würde sich der Ansicht Thons nähern, welche überhaupt das unterscheidende Merkmal zwischen öffentlichen und privaten Ansprüchen darin sucht, daß diese auf dem Wege des Zivilprozesses, jene auf irgendeine andere Weise durchgesetzt werden. Eine solche Auffassung ist ebenso formalistisch wie unzutreffend. Denn wie Rosin[105] dagegen geltend macht, würde sie etwa einer Anschauung entsprechen, welche die einzelnen Krankheiten nach den angewandten Heilmitteln einteilen würde. Vielmehr hat man es hier sehr wohl mit öffentlichrechtlichen Ansprüchen zu tun, und zwar deshalb, weil sie aus einem spezifisch öffentlichen Rechtsverhältnis fließen. Allerdings ist zunächst die Beziehung eines Beamten zu seinem Vorgesetzten nichts für das öffentliche Leben Charakteristisches, da es ja auch im bürgerlichen Leben Beamte gibt. Aber überall, wo eine öffentlich juristische Person in das Verhältnis der Überordnung tritt, durchsetzt sie die gesamte Relation mit ihrer Natur, insbesondere mit Herrschaftselementen und verleiht dadurch dieser Relation ein spezifisch öffentliches Wesen. Das zeigt sich unter anderem deutlich in der schärfer durchgreifenden Disziplinargewalt (vgl. z. B. preuß. Gesetz v. 12. 5. 1873 über die Disziplinierung von Geistlichen).

---

[103] vgl. die Literaturübersicht bei Jellinek, System S. 281; vgl. insbesondere auch Seydel, Allgem. Staatslehre S. 61/62.
[104] Gerber, Öffentliches Recht S. 40.
[105] Rosin, Öffentliche Genossenschaften.

Hat man es so bei den Vermögensrechten des Beamten mit wahrhaften öffentlichen Rechten zu tun, so stellen sie sich auch als reine subjektive Rechte dar, ohne jede Beimengung eines Pflichtmomentes. Der Staat hat keinerlei Interesse daran, daß der Beamte auf die Auszahlung seines Gehaltes dringt. Daß der Fall auch anders liegen kann, beweist die Tatsache, daß ein Verzicht auf die Diäten seitens der Landtagsabgeordneten unstatthaft ist (Art 85 preuß. VU.), hier also eine Rechtspflicht konstatiert wird.

§ 25.

δ) Die Rechtsstellung des Monarchen.

Sie ist, wenn auch im konstitutionellen Staate vielfach beschränkt, die umfassendste Rechtsposition einer Einzelperson. Besondere Eigentümlichkeiten derselben sind, daß sie ursprünglich nicht von einem anderen Staatsorgan abgeleitet ist,[106] und daß sie nicht gegen den Willen ihres Inhabers abgeändert werden kann (Art. 62 preuß. VU.). Ihrem Inhalte nach ist sie so umfassend, sie repräsentiert den Staat in so vielen Beziehungen, daß man mitunter die Existenz des Staates als einer eigenen Persönlichkeit ganz geleugnet und die Rechte desselben als in Wahrheit dem Monarchen zustehend aufgefaßt hat.[107]

1. Diejenigen Rechte des Königs, auf deren Zustand die neuere Zeit hauptsächlich verändernd eingewirkt hat, sind die Regierungsrechte. Es sind das die Befugnisse, welche unmittelbar das staatliche Leben betreffen, wie die Ernennung oder Bestätigung von Beamten, Berufung und Schließung der Kammern, Sanktion bezw. Ausfertigung von Gesetzen, Abschluß völkerrechtlicher Verträge u. a. Diese ganze Rechtsposition ist zu gewaltig, als daß ihr ein reiner Rechtscharakter zukommen könnte. Ein Grundsatz wie: „L'Etat c'est Moi" beweist höchstens, daß der betreffende König diese Auffassung gehabt hat, nicht daß sie richtig ist. Es entspricht hier den Rechten durchaus eine Rechtspflicht. Diese ist zwar unerzwingbar, besteht aber nichtsdestoweniger; denn wenn der Staat einer Einzelperson eine solche Fülle von Macht zuspricht, so tut er dies nicht mit Rücksicht auf den Vorteil dieses Individuums, sondern weil er die Konzentrierung einer größeren oder geringeren Herrschergewalt in einer Person als für seine Existenz bezw. für sein Wohl geboten erachtet. Darnach wäre mindestens die sittliche Pflicht, das eingeräumte Recht auszuüben, unleugbar. Indem aber diese Pflicht von der Rechtsordnung teils ausdrücklich festgesetzt (z. B. Art. 51 Satz 3 preuß. VU.), teils stillschweigend anerkannt wird, entwickelt sie sich zur Rechtspflicht, und natürlich zur öffentlichen Rechtspflicht. Wenn sie sich auch als unerzwingbar darstellt,

---

106 Daher ist auch der König nicht Beamter im Rechtssinne.
107 Gerber, Öffentliche Rechte S. 53; Seydel, Allgem. Staatslehre S. 7.

so ist eine größere Garantie immerhin insofern geschaffen, als das Gefühl der Verantwortung, welches ja mit der Größe der Aufgabe und der Bedeutsamkeit der Pflichterfüllung wächst, der Rechtspflicht gegenüber höher gesteigert ist, als der bloß sittlichen Pflicht. Sie entsteht auch nicht erst mit dem Augenblick, wo der Monarch den Eid auf die Verfassung leistet, ebensowenig wie für den Zeugen die rechtliche Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Aussage von seiner Vereidigung abhängt.

Nun sind aber die Rechtspflichten des Monarchen verschieden gestaltet. Es gibt Rechtshandlungen, die der Monarch persönlich vornehmen muß, und solche, in denen eine Vertretung gestattet und üblich ist. So steht es dem König höchstpersönlich zu, gewisse Beamte zu ernennen, wie die Minister (Art. 45 preuß. VU.), die Richter (§ 7 preuß. AG. z. GVG.), die ordentlichen Universitätsprofessoren, Gymnasialdirektoren (Verordnung v. 9. 12. 1842 § 3), ferner die Stadtverordnetenversammlungen aufzulösen (§ 79 StO. v. 30. 5. 1853), den zu einer Strafe rechtskräftig Verurteilten zu begnadigen[108] (Art. 49 preuß. VU.), Orden und Titel zu verleihen u. a. Es ist sicher, daß dieses alles Rechte des Monarchen darstellen. Denn ohne seinen Willen unabänderlich, vergrößern sie die Sphäre seines unmittelbaren Einflusses, an dessen Betätigung ihm regelmäßig viel gelegen sein wird. Andrerseits ist er, soweit es der Vorteil des Staates verlangt, zur Vornahme dieser Handlungen persönlich verpflichtet. Die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß besonders bedeutsame Akte gerade von demjenigen Organe vorgenommen werden, in welchem ständig eine reiche Fülle von Macht konzentriert ist. Es soll damit eine gewisse Stabilität in der Entscheidung gewisser wichtiger Fragen erzielt, ferner eine erhöhte Garantie für die Notwendigkeit bezw. die Angemessenheit des betreffenden Staatsaktes geschaffen werden, indem der König mit seiner Unterschrift die in Betracht kommenden Anordnungen deckt und so dafür die — moralische, wenn auch nicht staatsrechtliche — Verantwortung mit übernimmt. Insofern in diesen Fällen die Allgemeinheit nicht minder an dem Wie als an dem Ob der Erledigung der Sache interessiert ist, nämlich daran, daß die betreffende Handlung an sich und daß sie durch den Monarchen unmittelbar erfolgt, ist eine Rechtspflicht für ihn zur persönlichen Vornahme des Aktes vorhanden.

2. Ganz anders verhält es sich mit den Vermögensrechten des Monarchen, insbesondere dem Rechte auf die Zivilliste. Sie sind wahre subjektive Rechte, nicht etwa bloße Reflexe, und sie sind auch subjektive öffentliche Rechte. Denn sie dürften, wenn auch der Monarch nicht Beamter im Rechtssinne ist, kaum einen anderen Charakter haben als die Rechte der Beamten auf ihr Gehalt. Ebensowenig wie die Beamten ist der Monarch zur Ausübung dieser Rechte verpflichtet. Der Staat macht dem Monarchen die Annahme der ihm bewilligten Zivilliste nicht zur Pflicht.

---

[108] Soweit dieses Recht nicht delegiert ist.

3. Wenn es für den Staat auch ohne Bedeutung ist, ob der König auf Auszahlung seines Gehaltes dringt, so hat er doch sehr wohl ein Interesse daran, daß der König entsprechend der ihm bewilligten Zivilliste auftritt, oder allgemein, daß das ganze äußere Verhalten des Königs den Monarchen erkennen läßt. Damit käme ich zu der dritten Gruppe der königlichen Rechte, zu den Ehrenrechten. Es sind das die Rechte auf Hofstaat und äußeres Gepränge, auf Krone, Zepter, Titel, durchweg Rechte, welche dem Monarchen ein seiner Würde angemessenes Auftreten ermöglichen sollen. Sie beruhen auf der Eigenschaft der menschlichen Natur, allem, was sich von seiner Umgebung abhebt, Aufmerksamkeit zu schenken, insbesondere auch Menschen, deren Verhalten sich von dem der übrigen unterscheidet, eine gewisse Bedeutung zuzusprechen und so wiederum von denjenigen Personen, welchen eine maßgebende Rolle zukommt, ein entsprechendes Auftreten zu verlangen. Sind die Regierungsrechte des Monarchen dazu bestimmt, ihm einen genau festgelegten Einfluß zu verschaffen, so dienen die Ehrenrechte dazu, ihm die Betätigung seines Einflusses zu erleichtern, indem eben die Stellung des Monarchen schon rein äußerlich über die aller übrigen Staatsangehörigen emporgehoben, seinem Verhalten von vornherein eine das durchschnittliche Maß übersteigende Bedeutung zugeschrieben werden soll. An der Erhaltung dieser Position ist sowohl er selbst interessiert — insofern besteht ein subjektives Recht — als auch der Staat — insofern besteht eine Pflicht. Wieviel dem Staate daran gelegen ist, daß der hohe Beamte, insbesondere das Oberhaupt durch sein Auftreten seine Stellung beweise, sieht man daraus, daß große Summen den Ministern, Gesandten u. a. alljährlich lediglich für Repräsentationszwecke bewilligt werden.

Es bleibt zu prüfen, ob die darnach bestehende Pflicht zu einer Rechtspflicht gesteigert ist. Wenn hohen Staatsbeamten gewisse Summen ihrer staatlichen Bezüge zu Repräsentationszwecken ausgesetzt werden, so weist dies darauf hin, daß der Staat für seine Organe gesetzlich die Verpflichtung verknüpft, sich nunmehr durch ein entsprechendes Auftreten auszuzeichnen. Analoges wird man bei dem Monarchen in Anbetracht der Höhe der Zivilliste annehmen dürfen, auch wenn ein Teil derselben als Entschädigung für die Verstaatlichung der königlichen Domänen gedacht ist.

Was sonstige Ehrenrechte des Monarchen betrifft, so soll doch wohl in allen Fällen zwar das freie, nicht aber das beliebige, vielmehr das pflichtmäßige Ermessen des Königs entscheiden. Zwar wird eine derartige Pflicht des Monarchen durch keinen Rechtssatz ausdrücklich statuiert; aber man darf annehmen, daß diese Pflicht von der Rechtsordnung stillschweigend vorausgesetzt wird. Und wie man in den Fällen Art. 47, 51, 52 preuß. VU. nicht zweifeln wird, daß der Monarch rechtlich verpflichtet ist, nach sorgfältiger Prüfung mit Rücksicht auf das Staatsinteresse seinen Entschluß zu fassen, so wird man die gleiche Konsequenz grundsätzlich auch für die Ehrenrechte des Monarchen ziehen dürfen. Es liegt eben in der

Natur der Sache begründet, daß dasjenige Organ, in welchem der größte Teil staatlicher Gewalt konzentriert ist, auch am meisten in seiner Organstellung aufgeht, so daß hier das öffentliche Interesse eine hervorragende Rolle spielt.

§ 26.

2. Die Rechtsstellung des Staates.

Auch der Staat hat ein Persönlichkeitsrecht, das der Verletzung ausgesetzt ist und des Schutzes bedarf (vgl. §§ 81 Nr. 2, 3, 87 RStGB. usw.). Den positiven Rechtsinhalt bildet gleichfalls ein Können und ein Dürfen. Das Können des Staates äußert sich zunächst in seinem Gesetzgebungsrecht. Häufig stellt es gleichzeitig ein Gestaltungsrecht vor, z. B. wenn die Gesetzgebung subjektive öffentliche Rechte der Untertanen begründet; denn dann hat sie nicht nur das spezifisch öffentliche Lebensverhältnis des Staates zum einzelnen zur Grundlage, sondern gerade die Veränderung und Weiterentwicklung dieser öffentlichen Relation zum Zwecke. Anders verhält es sich z. B. bei Aufstellung des Budgets. Hier wird zunächst keine Veränderung der innerstaatlichen Relationen bewirkt, sondern erst die Handhabung des Budgets kann solche zur Folge haben. Überhaupt ist das eigentliche Gebiet für die Ausübung der staatlichen Gestaltungsrechte die gesamte Exekutive, einschließlich der Gerichtsbarkeit.[109] Der Beweisbeschluß des Richters ebenso wie die Fällung des Urteils, der Erlaß von Polizeiverordnungen und sonstige Verwaltungsmaßnahmen, sie alle beeinflussen und verändern die Beziehung des Staates zum einzelnen. Zum Zwecke der Durchführung seiner Gesetze bedarf der Staat der Herrschaft.[110] Insofern diese das Recht bedeutet, freien Personen zu gebieten, ist sie die Gesamtheit des staatlichen Dürfens, und zwar stellt sie reines Dürfen vor, wenn sie lediglich einen Eingriff in die Individualität des Untertans enthält, z. B. das Recht die Vereinsfreiheit zu beschränken. Daß aber in dem staatlichen Dürfen mitunter gleichzeitig ein Können liegt, zeigt sich z. B. bei der Okkupation herrenlosen Grund und Bodens (§ 928 BGB. oder in § 808 ZPO.). Anderseits zeigen die oben skizzierten Seiten der staatlichen Tätigkeit die Verbindung von Dürfen mit dem Vorhandensein eines staatlichen Verwaltungsrechtes. Doch ist das Dürfen das vorherrschende Element im Herrschaftsbegriff.

Was nun die Pflichtsposition des Staates angeht, so erscheint zunächst der Nachweis notwendig, daß eine solche mit dem Begriffe desselben vereinbar ist. Ja es soll der Nachweis versucht werden, daß sie für den Begriff des Staates wesentlich ist. Und zwar scheint sich dies mir ebenso aus dem Begriff des subjektiven Rechts (1) wie aus dem des Staates zu ergeben (2).

---

[109] O. Mayer, VerwR. S. 1.
[110] Laband Bd. 1 S. 64.

1. Jedes subjektive Recht ist nicht nur rechtlich anerkannte, sondern sekundär auch rechtlich beschränkte Macht (oben § 4 Abs. 1), indem es der Rechtsordnung zufällt, die einzelnen Willensgebiete und Einflußsphären gegeneinander abzugrenzen. Der Staat soll ja aber Träger der Herrschaft, des Herrschaftsrechts und nicht Inhaber zügelloser Gewalt sein. Allerdings wird hier vorausgesetzt, daß dem öffentlichen Recht die gleiche Absicht zukommt wie dem Recht überhaupt, nämlich die Abgrenzung der gegenseitigen Willens- und Interessenkreise. Dieses wird aber von Bornhak[111] bestritten, indem er diese Aufgabe nur dem Privatrecht zuerkennen will. Welche Tendenz dann aber das öffentliche Recht haben soll, ist nicht einzusehen.

2. Das gleiche ergibt die Natur des Staates. Wenn man die Möglichkeit wahrer Rechtspflichten für den Staat mit der Begründung leugnet, daß der Staat über der Rechtsordnung stehe, so dürfte dies nicht richtig sein. Sicherlich ist die Herrschaft des Staates rechtlich unbegrenzt, aber nur soweit sie nicht begrifflich beschränkt ist; und sein Wesen kann auch der Staat nicht verleugnen.[112] In der Natur des Staates als eines geordneten Gebildes liegt seine Gebundenheit. Wie der Staat für den Ethiker ein sittliches, für den Nationalökonomen ein wirtschaftliches, so ist er für den Juristen ein rechtlicher Anschauungsweise unterliegendes bezw. anzupassendes Wesen. Gebundenheit aber, die auf der Rechtsordnung beruht, heißt Rechtspflicht. Und auch hier hat sie in den Normen des objektiven Rechtes ihren natürlichen Grund. Denn der Staat ist nicht nur der Herr, er ist auch der Diener seiner Rechtsordnung; allerdings gibt er selbst sich die Ordnung, aber er gibt sie sich selbst.

Man wird ja wohl zugeben, daß die vom Staate anerkannten Interessen von ihm auch geschützt werden, daß also eine Schutzpflicht dem Staate eigentümlich und wesentlich ist.[113] Aber, wendet man ein, der Staat kann sich doch seiner Verpflichtung nach Belieben entledigen, was die Annahme wahrer Rechtspflichten ausschließe. Mit besonderer Schärfe vertritt Seligmann[114] diesen Standpunkt: „Gleichzeitig verpflichtet und doch berechtigt zu sein, die eigene Pflicht beliebig aufzuheben, ergibt dasselbe wie die Addition von Plus und Minus; das Resultat ist hier wie dort gleich Null“. Eine gewisse Schwierigkeit ist hier nicht zu leugnen, vielleicht ähnlich der, daß die Allmacht Gottes sich nicht selbst aufheben kann. Aber wenn man jemandem ein jederzeit kündbares Darlehn gegeben hat, so besteht doch wohl das Recht, die vorhandene Verpflichtung — nämlich den anderen im Besitz des Geldes zu belassen — zu jeder Zeit zu beseitigen; nichts destoweniger existiert aber die Verpflichtung bis

---

[111] Bornhak S. 80.
[112] A. M. Jellinek, System S. 293.
[113] Bornhak S. 79.
[114] Seligmann, Abschluß und Wirksamkeit des Staatsvertrages (zit. Tetzner S. 162).

zum Augenblicke der Kündigung. Nicht daß man die Verbindlichkeit beliebig auflösen kann, daß man sie auflösen muß, ist entscheidend. Ähnlich verhält es sich mit dem Staate. Und dazu entledigt sich der Staat bestehender Verpflichtungen nicht nach Belieben, sondern — soweit sich dieser Vorgang überhaupt rechtlich charakterisieren läßt — nur derartig, daß er sich an eine bereits bestehende Rechtsnorm anlehnt. Das Leben des Staates vollzieht sich gesetzmäßig. Jedes Gesetz begründet und die Achtung davor bedeutet eine Bindung, juristisch ausgedrückt, eine Verpflichtung.

Die öffentlichen Pflichten des Staates beruhen demnach auf einer Selbstverpflichtung desselben.[115] Wenn man gegen die Möglichkeit einer solchen geltend macht, daß sie nur dort möglich ist, wo ein höheres Gesetz ihren Charakter bestimme,[116] also z. B. beim Einzelmenschen, der vom Sittengesetz beherrscht werde, nicht aber beim Staat, so dürfte dieser Einwand nicht durchgreifen. Denn auch die staatlichen Normen sind ohne Zusammenhang mit den ethischen und wirtschaftlichen Normen undenkbar. Eine Selbstverpflichtung des Staates ist eine solche der Gesamtpersönlichkeit der ihn bildenden, sittlichen Gefühlen unterliegenden und wirtschaftlichen Anforderungen gehorchenden Menschengemeinschaft. Es steht also auch hier eine höhere Macht über dieser Gesamtheit.

Betrachtet man nunmehr unter dem Gesichtspunkt, daß der Staat notwendigerweise Träger einer Pflichtposition ist, die gesetzgeberische Tätigkeit des Staates, so besteht hier im allgemeinen keine Rechtspflicht zur Ausübung derselben. Sicherlich schafft der Staat seine Gesetze nicht aus bloßer Willkür, sondern weil ein Bedürfnis, eine Notwendigkeit dafür besteht. Der Staat gibt Gesetze, weil sein Wille in eine bestimmte Richtung gewiesen, also beschränkt ist. Nur ist diese Willensbegrenzung regelmäßig eine aus den allgemeinen Bedürfnissen sich ergebende, keine rechtliche. Wohl aber kann auch eine Rechtspflicht zur Erlassung bestimmter Gesetze gegeben sein. Wenn z. B. die Art. 17, 19, 26, 61 Abs. 2 preuß. Vll. von Verhältnissen sprechen, die gesetzlich geordnet werden sollen, so verpflichtet sich dort nicht der Monarch oder die Minister oder die Volksvertreter, eine entsprechende Vorlage einzubringen, sondern das vorhandene tatsächliche Bedürfnis ist auch rechtlich anerkannt, die faktische Willensbeschränkung zu einer rechtlichen geworden, eine Rechtspflicht geschaffen. Daß hier noch weniger als sonst von einer Erzwingbarkeit die Rede sein kann, ist selbstverständlich, da über der Allgemeinheit keine höhere Gewalt mehr steht.

Anders sind die Verhältnisse dann, wenn ein Gesetz erlassen ist, also die staatliche Exekutive in Frage kommt. Hiermit begründet der Staat unter allen Umständen die (ebensowenig erzwingbare) Rechtspflicht, das Gesetz zu vollziehen. Diese etwas eigentümlich klingende Auffassung wird durch die Wirklichkeit bestätigt, indem der Staat den sich selbst auferlegten

---

[115] vgl. Stengel, Wörterb. Bd. 2 S. 179; Jellinek, System S. 195.
[116] So Tezner S. 163.

Pflichten nachkommt. Es verhält sich mit dieser Anschauung ebenso wie mit der über das Wesen Gottes. So wie man, wenn Gott als vollkommen sittliches Wesen gefaßt wird, ihn sich nicht anders als sittlich handelnd vorstellen kann, ohne daß man die Sittlichkeit als über der Gottheit stehend denken könnte, so unterwirft man auch den Staat als rechtlich geordnetes Gebilde rechtlichen Normen, den in ihm selbst liegenden Normen.

§ 27.

E. Das Ergebnis.

Faßt man das gewonnene Resultat ins Auge, so ergibt sich bezüglich der Stellung des einzelnen das gerade Gegenteil der so häufig geäußerten Behauptung. Den subjektiven öffentlichen Rechten entspricht regelmäßig keine Pflicht sie zu realisieren, da in den meisten Fällen das individuelle Interesse genügend Garantie für die Betätigung derselben bietet. Eine Ausnahme machen grundsätzlich die Rechte der Staatsorgane. Das hängt damit zusammen, daß ja auch für den Staat eine Rechtspflicht besteht, die gegebenen Gesetze zu vollziehen. Nur ist die Rechtspflicht der Staatsorgane regelmäßig dahin verschärft, daß sie nicht mehr des Zwangsmoments entbehrt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Als Sohn des Rabbiners Dr. Max Kopfstein und seiner Ehefrau Berta, geborene Mayer, wurde ich, Felix Kopfstein, am 3. Mai 1886 in Elbing geboren. Den ersten Unterricht erhielt ich in meinem Elternhause. Von meinem $7^1/_2$. bis 10. Lebensjahr besuchte ich die jüdische Volksschule in Beuthen OS. und von meinem 10. bis 19. Lebensjahr das Gymnasium ebendaselbst, welches ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte sodann Rechtswissenschaft, und zwar ein Semester in München, ein Semester in Berlin, ein Semester in Freiburg i. B. und drei Semester in Breslau. Am 25. Mai 1908 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission des Kgl. Oberlandesgerichts in Breslau und am 19. Juni das mündliche Doktorexamen vor der juristischen Fakultät daselbst. Am 9. Juni 1908 wurde ich als Referendar beim Kgl. Amtsgericht in Rosenberg OS. vereidigt. Augenblicklich bin ich am Landgericht in Beuthen OS. beschäftigt.